

EXPROPIACIÓN Y COMPETENCIA: COINCIDENCIAS Y DIFERENCIAS. LA RUPTURA RETROACTIVA DE CONTRATOS LÍCITAMENTE CELEBRADOS

Por
JOSÉ EUGENIO SORIANO

«Los precios de las mercaderías bajarán con la abundancia, emulación y concurrencia de los competidores.»

(Jerónimo CASTILLO DE BOBADILLA, *Política de Corregidores*, Salamanca, 1585.)

SUMARIO: 1. PRIMERAS DISTINCIONES ENTRE EXPROPIACIÓN Y COMPETENCIA: EL PAR «LÍCITO-ILÍCITO» COMO BASE DE LA DISTINCIÓN: 1.1. *Propiedad y competencia*. 1.2. *Competencia e ilicitud*. 1.3. *Inseguridad jurídica*. 1.4. *Leyes-contra*.—2. LA DENOMINADA INTRODUCCIÓN DE COMPETENCIA POR VÍA URGENTE Y SINGULAR Y LA RUPTURA DE CONTRATOS LÍCITOS: 2.1. *La ruptura retroactiva de contratos lícitos y la confusión entre las técnicas*. 2.2. *El pretendido servicio público como justificación: extensión artificiosa del concepto de servicio público a la contratación*.—3. ORDENAMIENTOS SINGULARES, DECRETOS-LEYES Y DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS: 3.1. *En general*. 3.2. *Garantías y alteración del sistema de Fuentes del Derecho. Decretos-Leyes, legislación espuria y reacción judicial*. 3.3. *El tipo de relaciones jurídicas calificadoras de los suministradores de elementos básicos a los ciudadanos*.—4. PROPIEDAD, DELIMITACIONES Y LÍMITES.—5. RESERVA DE JURISDICCIÓN. LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL CONTRA LA ABLACIÓN DE FUNCIONES DEL PODER LEGISLATIVO.—6. LA RUPTURA DEL CONTRATO DE GAS CON ARGELIA.

1. PRIMERAS DISTINCIONES ENTRE EXPROPIACIÓN Y COMPETENCIA: EL PAR «LÍCITO-ILÍCITO» COMO BASE DE LA DISTINCIÓN

1.1. *Propiedad y competencia*

Las potestades administrativas surgidas al calor de la técnica concurrencial provenientes del Derecho de la competencia constituyen hoy una de las más formidables armas otorgadas a la Administración Pública —hoy ya a las Administraciones Públicas (1)—.

(1) José Eugenio SORIANO, *Comentario de urgencia a la Ley 1/2002*, «Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia», núm. 218, págs. 10 y ss. Se observará que gran parte de las técnicas tradicionales otorgadas por los títulos de atribución de potestades administrativas en este campo son compartidas a partir de ahora por las Administraciones autonómicas, junto con la tradicional del Tribunal de Defensa de la Competencia. Vid. Decreto 212/2002 de la Generalidad de Cataluña.

Y ello es así porque su *esencia consiste con toda evidencia y claridad en disminuir, controlar y eliminar inclusive los derechos de propiedad* (2).

Incorporado como un ramo del ordenamiento jurídico, es obviamente un Derecho cuya especialización no va más allá de la que, como todo orden especializado, requiere. Pero, en su esencia y sin mayores problemas, es con toda normalidad una rama más del Derecho administrativo y que, como tal, se aplica con carácter general a cualquier situación que encaje en los supuestos de hecho previstos en la norma general también.

Sin embargo, veremos cómo en nuestra fase actual de aplicación del Derecho de la competencia, al Gobierno no le ha bastado con utilizar las potestades concurrenciales ordinarias y ha incrustado, *ad hoc*, formas de intervención singular que, so capa de introducir competencia, suponen confundir lamentablemente la técnica expropiatoria con la concurrencial, dando lugar a un Minotauro de difícil encaje constitucional y con lesivas consecuencias jurídicas para los operadores y agentes económicos (naturalmente, existirán ganadores en este juego de intervención singular, supuestos beneficiarios de expropiaciones que, intentaremos demostrar, no están justificadas ni cubiertas por el pabellón legal del Derecho de la competencia).

Característica principal del Derecho de la competencia es su capacidad para abatir los derechos de propiedad. Cuando se introduce la técnica antimonopolios, el resultado previsto es, precisamente, el de eclipsar y aun destruir los derechos de propiedad sobre los que recae. Así, frente a la posibilidad de tomar las decisiones que libremente placen a los agentes económicos, la existencia de una legislación pensada para introducir competencia aparece como un límite a esa capacidad de obrar de los operadores, quienes, a partir de ese momento y situación, han de aceptar que sus decisiones pasan a ser examinadas por la Administración y por los Tribunales y que, en consecuencia, no pueden adoptar el criterio o la solución que mejor les plazca, sino la que en Derecho corresponda. Y ello aunque sea a costa de aceptar que esa última decisión está en manos de una autoridad administrativa que, así, confisca esa capacidad.

Pero también, en un sentido clásico, cabe que la aplicación del Derecho de la competencia recaiga, directamente, sobre las propiedades tradicionales a las que impone condiciones o, literalmente, confisca y abre a los demás miembros de la comunidad jurídica,

(2) Derechos de propiedad tanto en el sentido latino tradicional de la titularidad dominical sobre los bienes, como en el anglosajón de capacidad de tomar e imponer la última decisión sobre una situación con contenido o valor patrimonial. Vid. mi trabajo *Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo*, Bolonia, 1993, págs. 4 y ss.

sean agentes y operadores del sector o, más ampliamente todavía, a todos los ciudadanos. Éste es el caso, comúnmente aceptado, de los supuestos de liberalización de los mercados o, más simplemente todavía, de la exigencia política de que se introduzca competencia en un determinado sector. Naturalmente, como toda ablación de un derecho, tiene que realizarse en determinadas circunstancias o, en su caso, estableciendo las debidas compensaciones si tales circunstancias no se dan. Esto es, hay límites a la introducción *ex novo* de competencia, salvo que exista una base jurídica suficiente que imponga sin paliativos tal eliminación o ablación de los derechos de propiedad. Con tales límites, cualquier conocedor del tema sabe bien que nos encontramos ante un *conjunto de potestades de intervención administrativa*, desde luego, completamente opuesta a la afirmación vulgarizada de que nos topamos con una avanzadilla del «neoliberalismo»; por el contrario, en este Derecho se descubren, prácticamente en todos los países OCDE, y desde luego comunitarios, nuevos cometidos para las Administraciones Públicas.

Tradicionalmente, la posibilidad de eliminar los derechos de propiedad, total o parcialmente, ha existido ligada en la cultura occidental de corte romano a la técnica expropiatoria. Y, por recordar elementalmente la tradición, la propia Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano ya explicitaba que la propiedad quedaba sometida al interés general, al interés común de todos, y que por tanto cabía abatir esa propiedad cuando el interés general lo exigiera motivadamente, pagando, naturalmente, la correspondiente indemnización. A esa indemnización, revitalizando conceptos canónicos, la hemos llamado justo precio, es decir, el equivalente patrimonial al bien que se sacrifica en aras del bien común (3).

Notemos que, en todo este tipo de intervenciones, lo característico es que la expropiación es una técnica que opera sobre situaciones lícitas a las que hay que sacrificar. La propiedad que se expropia es, y esto es esencial, una propiedad lícita, que estaba ahí, que el Derecho respetaba y que reconocía. Pero es una propiedad que, llegadas ciertas circunstancias, resultaba incompatible absolutamente con el nuevo bien y que, por consiguiente, se producía un bloqueo completo entre el bien particular y el bien público, prevaleciendo al final este último.

Pero insistamos: lo característico de la técnica expropiatoria es que recae sobre un bien lícito, de carácter normalmente privado, de forma que la lesión y el sacrificio impuesto al expropiado se realiza a título de justa compensación.

(3) Evidentemente, no es el caso de recordar lo que la expropiación implica por la abundancia de estudios sobre el instituto.

1.2. Competencia e ilicitud

Proveniente del Derecho norteamericano, con más de cien años de existencia, aparece otra técnica diferente destinada igualmente a abatir los derechos de propiedad. Nos referimos al Derecho de la competencia (4). Derecho éste de carácter general, alejado de las operaciones singulares de intervención administrativa sobre empresas o sectores, que quedan extramuros completamente de todas estas políticas de intervención.

En el caso del Derecho de la competencia, lo característico *es que impide o prohíbe el ejercicio de los derechos de propiedad, precisamente porque los considera ilícitos*. Es decir, el Derecho de la competencia implica una disminución de ciertas acciones de los individuos y de las empresas porque su actuación se estima ilícita. Así, cuando dos empresas se ponen de acuerdo sobre los precios, o abusan de su posición de dominio, o practican una concentración monopolística, el Derecho de la competencia actúa sobre tales decisiones, confiscando, por así decir, la capacidad de obrar de tales agentes, precisamente porque su actuación se estima contraria a Derecho. Y para impedir tal ilicitud se confisca toda la actuación de esos operadores, impidiendo el ejercicio de sus derechos de dominio sobre tal situación. Por eso, el derecho antimonopolios no implica el ejercicio de una potestad expropiatoria en la que haya que abonar justiprecio alguno, sino que lo propio del mismo es aplicar la potestad concurrencial pura y dura, y en consecuencia ocasiona, cuando se aplica, un daño justo a operadores que actúan ilícitamente, a los que no sólo no hay que pagar justiprecio al-

(4) La historia de esta potestad administrativa es bien conocida. Para mayor información, vid. mi *Derecho Público de la Competencia* (Madrid, 1998), en el que el lector encontrará los orígenes de este nuevo Derecho y su importación en Europa. Un antecedente claro de las ideas de competencia, según el propio HAYEK (*Los fundamentos de la libertad*, 1974) y J. SCHUMPETER (*Historia del Análisis Económico*, 1994), se encuentra en la Escuela de Salamanca. Así, Juan de Lugo, en 1643, advierte que no cabe preguntar sobre el justo precio de las cosas, porque depende de tantas circunstancias que sólo Dios puede conocerlo («Pretium justum mathematicum licet soli Deo notum»), y Juan de Salas, en 1617, niega que un solo hombre, ni el mejor gobernante, pueda saber, ni con toda la información, cuánto valen las cosas, lo que sólo todos los cristianos, como colectividad, estaban en condiciones de conocer por sus intercambios libres («quas exactae comprehendere et ponderare Dei est non hominum»). Defendieron, pues, la teoría subjetiva del valor frente al protestantismo, que basaba el precio en la suma de los factores objetivos de los costos. Para Juan de Mariana, es a partir de la libertad del cristiano (individuo) como se puede ser libre, económica y políticamente (llegando así a justificar el tiranicidio): «De rege et regis institutione» (1599) y «De monetæ mutatione» (1609), donde vuelve definitivamente a defender la subjetividad del valor de las cosas. En nuestros días será la Escuela Austríaca (VON MISES, HAYEK, ROTHBARD) quien reclama a esa tradición y a la concepción dinámica de la competencia, frente a la estática tradicional. Sobre estas distinciones y con clara definición de lo que la vieja *concurrentia* significa, vid. el reciente y magnífico *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa*, de Julio PASCUAL Y VICENTE, Madrid, 2002.

guno, sino que hay que sancionar por contravenir el Derecho. Ésta, al menos, es la situación normal prevista en la legislación (Ley 16/1989) y en los Tratados comunitarios (arts. 81 y ss.).

Ahora bien, para que todo esto sea cierto es imprescindible un marco de referencias jurídicas precisas y estables. Lo peor que le puede suceder a un agente económico es que no sepa si su actuación es lícita o no. La certidumbre y la seguridad jurídica son bienes públicos en sí mismos. Y muy preciados.

1.3. *Inseguridad jurídica*

Pero sucede que comienza a observarse con pasmo y escándalo la evaporación de toda seguridad jurídica en el Derecho de la competencia. La frontera entre lo lícito y lo ilícito empieza a ser una tenue raya en el mar. No se sabe muy bien cuándo empiezan y cuándo acaban, especialmente en las concentraciones, los límites del Poder público. Y, en consecuencia, no se sabe tampoco cuándo y cómo pueden actuar con alguna certeza los agentes privados. *Se pasa así de la discrecionalidad administrativa a la arbitrariedad concurrencial.* Arbitrariedad en algunas ocasiones en más y en otras en menos. Y, dentro de esta situación, en algunos supuestos se aplican fórmulas extraordinarias sin posibilidad de discusión real ante los Tribunales al usarse una norma con rango de ley en contra de una empresa determinada, so pretexto de decir que de esta forma se va a introducir competencia, pese a la licitud de la actuación de los particulares.

1.4. *Leyes-contra*

No parecen existir hoy en día límites a la inventiva y a las ocurrencias del Poder público, que parece haber descubierto en el Derecho de la competencia la prometida tierra de unas decisiones sin control y, por tanto, en las que puede obrar como le parezca. Esto es especialmente evidente en el caso de las concentraciones (que ahora no procede estudiar) (5) y, desde luego, en las operaciones singulares de introducción de competencia vía Decreto-Ley.

(5) Por mis informaciones, apenas existen casos en los que los Tribunales de Justicia hayan acogido pretensiones en contra de una concentración autorizada por el Consejo de Ministros, o viceversa, lo cual da idea de las dificultades de los operadores a enfrentarse con la Administración en el caso del control de concentraciones. El caso más significativo es el establecido por la Sentencia de 9 de junio de 2000 (RJ 2002/450), Ponente Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez, que estima el recurso interpuesto por un grupo de periodistas contra la «no oposición» del Consejo de Ministros a la operación de concentración econó-

realización general, ni de establecer otras técnicas de introducción general. Contrato éste que llevaba tiempo en vigor, era perfectamente lícito, fue conseguido en condiciones normales de competencia general en los mercados internacionales, y que cualquier operador puede realizar (de hecho, en el mercado internacional existen múltiples operadores y agentes de comercio que actúan en los mercados de suministro). El objetivo, pues, de la potestad legiferante del Gobierno era un contrato de una empresa lícitamente realizado a la luz de la legislación nacional e internacional de contratación. Empresa definitivamente privatizada con plena asunción de los contratos celebrados con anterioridad.

En este caso, la quiebra de los derechos de propiedad de la empresa dominante en el sector, por obra del Derecho de la competencia, nos coloca en la muy interesante posición de tener que analizar, de un lado, toda la teoría de los derechos de propiedad y, de otra parte, todo lo que hace a la ruptura que la introducción de competencia le supone.

Para ello, creemos que la mejor forma de llevar a cabo este análisis consiste en colocarnos en la posición del que sufre el ataque concurrencial o expropiatorio. Y así, desde la perspectiva de su lesión, podemos ir desgranando las diferentes técnicas puestas en marcha por el Decreto-Ley y compararlas con el sistema jurídico general.

El Derecho de la competencia, como decíamos, es un formidable instrumento del Poder Ejecutivo para romper los derechos de propiedad. Naturalmente, para cumplir, a su vez, con una finalidad que lo justifique. Insistamos en esta idea no suficientemente difundida entre los autores.

La quiebra del poder dominical de los operadores económicos se hace, en el Derecho de la competencia, a título de intervención general sobre el mercado, distinta, desde luego, de la potestad expropiatoria. En ésta se opera una aplicación concreta de un poder legítimo del Estado para abatir, mutilar o lesionar de alguna manera un derecho de propiedad, generalmente (no siempre, desde luego) sobre cosas tangibles, realizada como consecuencia de una incompatibilidad entre el *status quo* dominical existente y una causa de interés público o de utilidad social, que implica la ablación de tal propiedad en homenaje a la misma. Y, en consecuencia, surge con fuerza la idea de una compensación económica que supone inevitablemente que hay que otorgar al sujeto expropiado un equivalente patrimonial que mantenga la ecuación financiera de su titularidad dominical.

Aquí, pues, tanto la idea del justo precio como la de la justa causa de expropiar aparecen indisolublemente unidas y controladas judicialmente, puesto que todo el *iter* expropiatorio queda sometido al

poder del Juez, supuesto que no se cumpliera ni con la justa causa de expropiar ni que el equivalente patrimonial sea verdaderamente tal. Nótese, desde el principio, que la operación expropiatoria responde no solamente a un fin lícito, sino que también actúa sobre una propiedad anterior lícitamente constituida. La causa justa de expropiar aparece posteriormente y así está pacíficamente aceptado por la doctrina (6).

Por el contrario, en el caso del Derecho de la competencia, el poder del Estado, a través de la correspondiente potestad de intervención (llamémosla convencionalmente «potestad concurrencial»), implica que la actuación sobre la que recae está inicialmente viciada con un ilícito concreto, el ilícito concurrencial. Es decir, supone ello que, bien preventivamente, bien *ex post facto*, lo que hace el Estado al intervenir en nombre del Derecho de la competencia es defender, en nombre de la colectividad, la libertad de empresa, presuntamente amenazada o conculcada por una acción unilateral (abuso de posición de dominio) o concertada (cárteles) de los operadores económicos que daña precisamente a esta libertad de empresa, o puesta en innecesario riesgo (control de concentraciones) partiendo de que se trata de un derecho fundamental, a tenor del artículo 38 de la Constitución, y base misma de los grandes poderes de intervención de la Comunidad Europea (arts. 81 y ss. del Tratado). Notemos asimismo que, en el caso del Derecho de la competencia, la ruptura de una situación jurídica no puede realizarse si está protegida por un pabellón legal que actúa de escudo (art. 2 de la Ley 16/1989). En tal caso, no cabe atacar directamente la situación concreta, por ejemplo un contrato, acuerdo o decisión, puesto que el propio ordenamiento jurídico decide que no sea así al crear una excepción normativa a la aplicación del Derecho de la competencia (tal es cabalmente la justificación de las denominadas «autorizaciones», en realidad «dispensas» otorgadas a título de excepción singular o inclusive con carácter sectorial) (7).

En definitiva, la ruptura de los derechos de propiedad por vía del Derecho de la competencia supone una actuación administrativa para proteger directamente el mercado como consecuencia de un ataque real o potencial no protegido legalmente.

Por ello, el ataque concurrencial se dirige contra actuaciones no protegidas por el ordenamiento. Y lo que no cabe es utilizar el pabellón de la defensa de la competencia para conseguir finalidades con-

(6) En general, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Instituto de Estudios Políticos, 1956, reproducida en facsímil en 1984, reedición de 1989.

(7) *Derecho Público de la Competencia*, cit., págs. 549 y ss.

fiscatorias mediante normas *self executing* que persigan, simultáneamente, modificar una situación jurídica y vulnerar los derechos de propiedad anteriormente establecidos. Eso es cabalmente una mezcla indebida que genera confusión entre la potestad expropiatoria y la concurrencial.

Ahora bien, distinguir entre ambas potestades, expropiatoria y concurrencial, es fundamental. Porque sucede que, de contrabando, al calor de supuestas operaciones concurrenciales, se están atacando, con erosión continua en ocasiones, los derechos de propiedad de determinadas empresas. *Es decir, existe una notable confusión entre el ámbito, extensión, límites y justificación de la potestad expropiatoria con la potestad concurrencial.* Creo que, sin excesivo esfuerzo demostrativo, será la nota del *ámbito lícito o no* de la situación en que se estaba operando la que nos dará la primera clave para distinguir, con alguna nitidez, entre una y otra potestad. Y luego, como segunda derivada jurídica, veremos también cómo el hecho de: *a)* disponer o no de una norma previa con rango suficiente; *b)* de la legítima confianza en la actuación de los Poderes públicos impidiendo toda arbitrariedad con carácter retroactivo; *c)* el carácter general o no de la norma que se pretenda aplicar, y también, *d)* el efecto retroactivo, serán datos que ultimarán nuestro juicio sobre el deslinde entre ambas potestades y, en consecuencia, sobre las posibilidades del Poder público de proceder a aplicar correctamente o no tales poderes.

Para enmarcar debidamente tal problema, hemos de partir de algunas ideas sobre cómo actúa el ordenamiento en relación con los sujetos jurídicos, si ha de exigirse que se actúe con carácter general o si, por el contrario, cabe definir un ordenamiento para un sujeto concreto. Todo ello con el telón de fondo de las garantías que han de tener y disponer los ciudadanos y personas morales en un Estado de Derecho, frente a las intemperancias del Poder, en frase ya clásica de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (8).

Uno de los problemas decisivos que podemos comprobar en este tipo de actuaciones denominadas de liberalización es el de conocer si, efectivamente, responden a una simple devolución a la sociedad de derechos y bienes que siempre han sido de la sociedad o si, por el contrario, bajo el ropaje de la denominada liberalización, lo que se está realizando es una punición concreta a una empresa determinada y con carácter retroactivo.

Porque límite a la propia liberalización, que no es otra cosa que ensanchar los mercados, es la propia libertad de contratación y los

(8) *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*, núm. 38 de esta REVISTA; edición separada en Cuadernos Civitas, 1974, y luego en 4.ª edición en 1988.

derechos de propiedad. Hay que enfatizar que los Decretos singulares de liberalización que se han ido dictando en los últimos años no han derogado ni el artículo 348 ni el artículo 1255 del Código Civil. Y si se ha producido un contrato por una empresa, dentro de un marco lícito, propiciado inclusive por el Gobierno, la desaparición de esa libertad contractual no puede hacerse sin indemnización. Lo contrario es confundir el Derecho de la competencia con la pura confiscación de derechos, lo cual ni siquiera puede hacer una operación expropiatoria. Así, cuando veamos que una determinada situación es lícita, esto es, adecuada perfectamente al Derecho vigente, aceptada por todos, si luego se pretende quebrar, no puede invocarse ningún tipo de ilícito inicial ni sobrevenido para evitar el abono de la correspondiente indemnización. Si la operación contractual o dominical era legítima, lícita, puede, desde luego, con causa justa, aplicarse una expropiación. Y, naturalmente, como toda expropiación, ha de lograrse una indemnización a título de justiprecio. Así sucede con todas las operaciones de apertura de mercados, inclusive cuando se actúa sobre viejos monopolios legales.

Fijémonos, además, que en los casos en que se ha producido la nueva técnica de los accesos de terceros a una red, eso se realiza en economías de red, en las que existen, por definición, monopolios naturales, única justificación para que la liberalización tenga lugar por vía de intervención administrativa y no por el juego normal del mercado.

Ahora bien, cuando esto no es así, es decir, cuando se es libre, por las grandes operadoras (o por otras unidades empresariales), de generar contratos, no existe ningún monopolio natural que justifique sin más la ruptura de la libertad de contratación ni de la libertad dominical. No hay ninguna obligación de no contratar en el mercado internacional. Ni tampoco cabe convertir a un operador en agente forzoso en el extranjero de los propios competidores. Ni, mucho menos, dar carácter retroactivo a contratos que, sin duda, otros pueden hacer, incluso mejor. Cualquiera es libre de contratar el suministro en el mercado internacional.

Pretender que la propia excelencia o el propio conocimiento son elementos monopolísticos es un puro despropósito jurídico no fundado en teoría ni en situación alguna. Nadie tiene el privilegio de contratar suministros. A nadie se le impide hacerlo. Lo que se penaliza en el fondo, y con carácter retroactivo —lo que lo hace especialmente odioso—, es la propia contratación. Y esto es un ataque directo a la propia libertad de empresa y a los derechos de propiedad. No nos estamos refiriendo a meras expectativas ni a derechos debilitados. Nos estamos refiriendo a contratos en vigor, celebrados de con-

formidad con el ordenamiento vigente, que se pretenden romper hacia atrás. Y en los que, además, dado su ámbito internacional, la intervención unilateral del Gobierno puede provocar conflictos en la otra parte contratante.

Notemos que para contratar suministros no existía ninguna regulación cuya modificación se pretenda ahora actualizar. Lo único que existía —y esperemos que siga existiendo— es la pura libertad de contratar, expresión a su vez de la básica y fundamental capacidad de obrar. Advirtamos cómo, con entera naturalidad, las compañías eléctricas realizan sus operaciones de importación, compra y colocación en el mercado del gas natural, especialmente en nuestros días, en los que las centrales de ciclo combinado constituyen la alternativa al sistema tradicional de generación de energía eléctrica. ¿Dónde estaban las barreras de entrada o de permanencia en el mercado gaseista? ¿Cuál es la justificación en Derecho de la competencia de la acción vía Decreto-Ley contra ese contrato? ¿Cuál era la imposibilidad de conseguir y realizar contratos con todos los países suministradores por parte de los agentes interesados en conseguirlos? Iremos viendo, pues, las preguntas pertinentes para demostrar que carecen de respuesta en la vía del Derecho de la competencia y que toda la actuación se enmarca dentro de un ámbito propiamente confiscatorio. Porque una cosa es la utilización de la red y otra la utilización del gas, el cual puede encontrar fuentes alternativas de suministro en diversos mercados internacionales o realizar intercambios de contratos con quienes operan en otros mercados. Naturalmente, es obvio que la ruptura por vía legislativa de un contrato antes establecido es muy útil y conveniente para un competidor, pero eso no significa que sea indispensable para acceder al mercado y, desde luego, es dudoso el juicio de razonabilidad en cuanto a que la introducción en este mercado tenga que hacerse sin exigir a los nuevos entrantes el correspondiente esfuerzo. Y la inversión en recursos productivos, como es el caso de la contratación que estamos examinando, queda totalmente al albur de una enorme inseguridad ya que no existe certeza alguna en el resultado de la contratación si luego, por vía de un Decreto-Ley dictado años después de celebrado el contrato, éste se rompe por la acción normativa de los poderes públicos. Tampoco se trata de un caso de abuso de posición de dominio en que, utilizando el Derecho de la competencia ordinario, se hubiera negado el operador dominante a entregar cantidades solicitadas con ocasión de peticiones concretas por parte de otros operadores.

Subrayemos que cuando se rompe un contrato con carácter retroactivo no se está modificando ninguna regulación. Lo que se está destruyendo es un contrato privado realizado entre dos partes que

cualquier otro hubiera podido celebrar. De la ruptura de un contrato no aparece derogada ninguna regulación anterior. Lo que se quiebra y rompe es, cabalmente, el propio contrato celebrado libérrimamente entre dos partes contratantes. No existía ninguna regulación que otorgara un privilegio para contratar a un sujeto determinado. La diana, el blanco sobre el que se apunta y dispara es el propio y singular contrato; en definitiva, la libertad de contratar. Que es manifestación de la libertad personal, de empresa y, en definitiva, de ser sujeto de Derecho. Constitucionalmente está vetada solamente la aplicación al pasado de las disposiciones sancionadoras —penales o administrativas, salvo que sean más favorables— y las restrictivas de derechos individuales. Entre estos derechos destaca, en materia económica, el de propiedad. Quebrar retroactivamente un contrato es un ejemplo de lo que es un ataque singular, un sacrificio sorpresa y, al final, un daño a un sujeto concreto. Esto está prohibido. Y la situación era lícita.

2.2. *El pretendido servicio público como justificación: extensión artificiosa del concepto de servicio público a la contratación*

Veremos que, en medida no desdeñable, lo que está ocurriendo en gran parte de este tipo de normativa es que aplica a los denominados, en terminología comunitaria, servicios de interés general las técnicas pensadas para los servicios públicos tradicionales «a la francesa» (9), por usar expresión descriptiva pero constante en las propias publicaciones del Conseil d'État (10). Es decir, se aplican técni-

(9) J. M. PONTIER, *Sur la conception française du service public*, D. Chron, 1996; J. CHEVALIER, *La réforme de l'État et la conception française du service public*, «RFDA», 1996; G. VEDEL, *Service public à la française? Oui, mais lequel?*, «Le Monde», 22 décembre 1995; H. OBERDORFF, «Le service public à la française», en el libro *Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché*, tome II, *op. cit.* La idea ha sido utilizada por el conjunto de la doctrina y ha calado como una definición común. M. LONG, *Service public, services publics: déclin ou renouveau?*, en «RDF adm.», 11 (3) (1995).

(10) Notemos ahora, tras lo indicado en el capítulo correspondiente, que al menos un sector de importancia de la propia doctrina francesa se planteaba, hace ya tiempo, la propia consideración de los servicios públicos como quicio sobre el que apoyar toda la construcción del Derecho administrativo. Vid. la «Revue de Droit Public», núm. 1, 1987, con artículos muy críticos de S. REGOURD, DEFFROY, JOURDAN y THIBAUT. El debate ha continuado así entre DELVOLVÉ, *Service public et libertés publiques*, «Revue Française de Droit Administratif» (núm. 1), y REGOURD y otros, *Le service public et la doctrine: pour un plaidoyer dans le procès en cours*, «Revue de Droit Public», núm. 1 (1987), pág. 27, y ha sido propiciado por el propio Consejo de Estado en sus documentos, siendo especialmente relevante el dedicado precisamente a este asunto en 1994. En España también este debate está planteado, dentro de nuestra propia idea de los servicios públicos; así, CHINCHILLA, «El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión», en *Estudios sobre la Constitución Española. Libro Homenaje al Profesor*

cas de intervención organizadas y diseñadas para atender a la aplicación en la sociedad de lo que eran tradicionales servicios públicos a supuestos en los que la actividad prestadora del servicio es, por el contrario, típicamente privada y en un contexto de mercado. Y, hay que decirlo claramente, rechinan fuertemente unas técnicas contra otras, puesto que el contexto propio de un servicio público, en la legislación tradicional tanto española como francesa —en definitiva, continental—, era el de que nos encontrábamos ante una actividad regular, que en todo momento podía ser prestada directamente por las propias Administraciones Públicas. Es más, lo propio y típico de un servicio público tradicional es que existe un dominio reservado al Estado y a las Administraciones Públicas que, en su caso, es concedido a particulares en determinadas condiciones (11). Pero, y esto es capital, en el caso de servicios públicos tradicionales, ese ámbito de actuación es propio del Estado, mientras que en el caso de los servicios de interés general se parte, con toda exactitud, de la posición contraria. Esto es, que tales servicios de interés general lo son por su importancia, pero no porque su campo de actuación sea propio del Estado, sino que es de los particulares. Y, sobre todo, la contratación

García de Enterría; E. MALARET I GARCÍA, *Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto*, núm. 145 de esta REVISTA (1998); J. L. MEILÁN GIL, *El servicio público como categoría jurídica*, «Cuadernos de Derecho Público», núm. 2 (1997), pág. 76.

Las relaciones con el mercado y las libertades económicas pueden comprobarse en P. DELVOLVÉ, «Présentation Générale», en el libro *Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché*, tome II: *Approche transversale et conclusions*, Dir. KOVAR y SIMON, La Documentation française, París, 1998; P. JOURDAN, *La formation du concept de service public*, «Revue de Droit Public», núm. 1 (1987), pág. 103; J. M. AUBY y R. DUCOS-ADDER, *Grands services publics et entreprises nationales*, tome I, Presses Universitaires de France, París, 1975. En España, es capital el trabajo de S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado. I. Los fundamentos*, Civitas, Madrid, 1998. Vid. asimismo G. ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

En el ámbito comunitario, me remito al trabajo que en colaboración con la profesora Matilde SÁNCHEZ GUTIÉRREZ preparo en estos momentos. También vid. J. P., «Le Parlement européen et le service public»; el de L. PASCAL, «Les apports de la Commission Européenne et de la Cour de Justice des Communautés Européennes à l'identification des activités de service public», ambos en el libro *Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché*, tome II, *op. cit.* También BELLOUBET-FRIER recoge, en su artículo *Service public et droit communautaire*, una evolución del papel de las Instituciones comunitarias en este campo, «AJDA», núm. 4 (1994), págs. 270 a 285. S. RODRIGUEZ, *Comment intégrer les principes du service public dans le droit positif communautaire*, «RFDA» (1995).

Una selección de los principales documentos comunitarios sobre el servicio público puede encontrarse en el libro, dirigido por R. KOVAR y D. SIMON, *Service public et Droit communautaire. Les grands textes*, IRENE, Travaux de la CEDECE, Série Textes et Documents, La Documentation française, París, 1996; A. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, «Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)». Y también, T. R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Del servicio público a la liberalización. Desde 1950 hasta hoy*, núm. 150 de esta REVISTA (1999).

(11) C. ROUVIER-MEXIS, «Service public ou service rendu au public», y A. PERROT, «Dé-réglementation et service universel», en el libro *Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché*.

internacional no tiene absolutamente nada que ver con los servicios públicos. Cualquiera puede contratar el suministro de gas, y la actividad internacional de comercio e intercambio es muy amplia y fluida (12).

Por otra parte, el que la propia Ley del Sector de Hidrocarburos (Ley 34/1998, de 7 de octubre), correlativa a la Directiva 30/98 CEE (Normas comunes para el mercado interior del gas natural), ya califique de servicios de interés general a los mercados gasísticos no tiene nada que ver con esta técnica de ruptura, como tampoco tiene relación que justifique esta interrupción contractual la Comunicación sobre los «Servicios de interés general en Europa» (COM 2000 580 final, «DOCE» C-17, de 19 de enero de 2001, que modifica la anterior de 1996). Se trata de calificar como servicio de interés económico general el sector del gas, lo cual supone que se define como un «Servicio de Mercado al que los Estados Miembros imponen determinadas obligaciones de servicio público en virtud de criterios de interés general» (13).

El Estado pasa así a ser un gran regulador de tales servicios, pero nunca un prestador de los mismos. Podrá imponerse, en el caso de que se trate de *essential facilities* (14) (servicios fundamentales que constituyen recursos indispensables para poder competir), la apertura de determinados aspectos del mercado del producto sobre el que recaigan. Pero observemos que las notas tradicionales de los servicios públicos que hasta ahora conocíamos implican que se ha de partir, siempre, de que la actividad prestada es privada, y que si es lícita y se actúa legítimamente, la ruptura de cada elemento de esa propiedad al final ha de establecerse mediante la oportuna indemnización. Y, además, siempre que quede plenamente justificada la ruptura de esos derechos de propiedad, nunca en otro caso. Porque, y esto es fundamental, en el caso de los denominados servicios públicos tradicionales, la calificación como tal servicio público es simplemente formal: es servicio público lo que dice una ley que es servicio público y nada más. No hay posterior discusión. La técnica del servicio público opera, literalmente, mediante puras etiquetas normativas, de manera que la calificación como tal de un servicio público no admite luego discusión ulterior. Y, de esta manera, una vez que cae el telón dispuesto por el legislador, no hay manera de evitar que ese

(12) J. Y. CHÉROT, *L'article 90, paragraphe 2, du traité de Rome et les entreprises de réseau*, «AJDA», núm. 3 (1996), pág. 176.

(13) L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO y G. ARIÑO ORTIZ, *Derecho de la Competencia en sectores regulados*.

(14) ERIC GIPPINI FOURNIER, «Essential facilities» y aplicación del artículo 82 CE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner, «Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia», núm. 205, págs. 77 y ss.

campo reservado legislativamente a la Administración Pública pueda entrar en el tráfico puramente privado. Por eso, precisamente, lo afinado de las técnicas de delimitación entre el ámbito de actuación del Legislador respecto de la Administración. Y de ahí mismo que llegue a existir —sin sorpresa ninguna, tal es la situación constitucional francesa precisamente— toda una reserva a la Administración que no puede alterar el Legislador.

Pero en el campo de las *facilities* la idea es bien distinta. No se parte, en absoluto, de que la actividad esté prestada por la Administración y que ésta, en su caso, disponga su concesión a un particular. Por el contrario, es solamente su importancia real la que determina que se trate de abrir tales servicios a la total comunidad, al menos en una parte elemental. Así, el Legislador no puede inventarse formalmente cuándo nos encontramos con una *facilitie* o no. Éstas son las que son. Es decir, servicios esenciales para acceder al mercado en el que se desarrollan y que no admiten una forma elemental y sencilla de prestarse, porque existen auténticas barreras que es el Estado el que luego levanta mediante una intervención basada en el Derecho de la competencia. Precisamente porque no se pueden abrir fácilmente a la competencia es por lo que interviene el Estado, puesto que si el servicio, por esencial que sea, no tiene barreras de entrada y puede prestarse en competencia, no cabe que el Estado intervenga. Así, por ejemplo, en servicios fundamentales para la vida humana en sociedad, si son naturalmente y sin forzaturas prestados por la propia sociedad, el Estado no interviene.

En realidad, pues, la idea de *facilitie* está ligada a una necesidad esencial que, al mismo tiempo, suponga un monopolio natural. Y el monopolio es natural cuando es prácticamente imposible crear una alternativa al mismo.

Por tanto, y como diferencia muy acusada con la idea tradicional de los «servicios públicos a la francesa», el Estado no puede, en un contexto liberalizador, incluir todos los aspectos de un mercado dentro del mismo concepto. Tiene que distinguir, calcular, medir. Y no será lícita una operación, aparentemente amparada en una medida liberalizadora, si el mercado está realmente abierto. No basta con decir que se liberaliza y, como si se tratase del oráculo de Delfos, ofrecer una solución única, indisputada e indiscutida. Antes bien, el Estado, en el contexto desregulador y liberalizador, habrá de pensar dos veces si utiliza su poder legislativo para imponer medidas no autorizadas ni admitidas por el mercado, si éste provee con naturalidad dicho producto y, por tanto, ofreciéndose para abordar las soluciones que la sociedad, de manera natural, también permita.

Insistimos: el problema de fondo de toda esta decretación de ur-

gencia, por lo que hace a este caso, es que confunde y aplica las técnicas pensadas para regular los servicios públicos tradicionales a las nuevas realidades normativas que suponen los servicios de interés general.

3. ORDENAMIENTOS SINGULARES, DECRETOS-LEYES Y DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS

3.1. *En general*

Hace ya algún tiempo, la doctrina iusadministrativista tuvo ocasión de pronunciarse sobre los primeros supuestos en que el Legislador, vía además Decreto-Ley, expropiaba sin garantías jurídicas a una determinada empresa. Naturalmente, el concepto de expropiación es una de las bases del sistema jurídico y obligará luego a reflexionar sobre su determinación legal. Pero, al caso que ahora conviene, lo que debemos precisar es si resueltamente pueden hacerse «leyes singulares *in pejus*». Es decir, si establecidas determinadas reglas del juego y otorgando así un determinado marco jurídico en el que moverse una empresa determinada, la eliminación o modificación a peor es un supuesto de lesión expropiatoria. Y, en esta misma línea, cabe que nos preguntemos si existen algunos medios de defensa frente a dicho ataque. Todo ello, notemos de nuevo, dentro del marco de la expropiación, que no cabe confundir con el de la aplicación del Derecho de la competencia.

Que la idea de «ordenamiento jurídico» ha de estar basada en la generalidad de las leyes no es sólo un pío deseo fruto de teóricos del liberalismo económico, como HAYEK (15), sino que es una constante desde la desaparición de los fueros singulares. La idea de ley como generalidad es una conquista aceptada del Estado de Derecho que ningún Gobierno, por democrático que sea, puede impunemente ignorar ni, mucho menos, erosionar.

Esa idea de generalidad luce con todo esplendor en el carácter abstracto que reviste la expropiación en el artículo primero de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954. Reza así:

«Es objeto de la presente Ley la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social en la que se entenderá cualquier forma de privación singular de la propiedad privada de derechos o intereses patrimo-

(15) F. A. HAYEK, *Los fundamentos de la libertad*, Madrid, 1998.

niales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio».

Las primeras reflexiones en torno a la agresión legislativa contra un operador económico fueron realizadas por R. PARADA VÁZQUEZ (16) a propósito del Real Decreto-Ley 2/1983, de 29 de junio. Tiene algún interés para nuestro estudio resumir la posición del autor.

Y lo primero que cuestiona es que sea a través de un Decreto-Ley pensado para la extraordinaria y urgente necesidad que se modifique todo el cuadro general de un ordenamiento organizado y pensado para crear situaciones estables y no efímeras. Porque sucede que a golpe de Decreto-Ley, técnica legislativa excepcional que legitima su uso por el Gobierno sólo dentro de los límites que la Constitución establece en el artículo 86, no olvidemos que supone una fuerte tentación para el Ejecutivo (17), ningún derecho subjetivo es permanente, seguro y fiable. Un uso abundante y flexible de este tipo de normas puede llevar a que los ciudadanos, en un momento determinado, vean eclipsados sus derechos de la noche a la mañana y sin debate político ni jurídico, negando estrictamente uno de los valores fundamentales del texto constitucional, el pluralismo político. La pregunta que necesariamente debe formularse sobre la urgencia y la necesidad exige una respuesta diáfana y concreta, no meras y vagas alegaciones genéricas que sirven como cláusula *passé par tout* que todo lo justifican y sirven para cualquier cuestión.

De hecho, y en relación con ese asunto, el Consejo de Estado, por su Dictamen de 3 de marzo de 1983, se plantea si cabe la expropiación por vía legislativa. Y responde diciendo que

«la respuesta es clara si por expropiación legislativa se entiende confiscación; no, si, por el contrario, se trata de una privación de bienes y derechos *en virtud de una ley formal*, mediante indemnización; porque no hay en la Constitución de 1978 ninguna materia sustraída a la potestad legislativa. Podrá haber determinadas condiciones de procedimiento (leyes orgánicas) o de fondo (derechos fundamentales) para el ejercicio de esa po-

(16) J. R. PARADA VÁZQUEZ, *Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas*, núms. 100-102, vol. II, de esta REVISTA.

(17) J. E. SORIANO, C. *Schmitt y Hans Kelsen*, «Revista de las Cortes Generales», núm. 6, y en la obra de SCHMITT, *Legalidad y legitimidad*, Madrid, 1971.

testad, pero no hay materias reservadas al poder ejecutivo».

Es claro que, para el Alto Cuerpo Consultivo, una confiscación no puede realizarse por vía legislativa.

Por ello, se pregunta PARADA VÁZQUEZ (18), hay que abordar si cabe, en efecto, que se prive del derecho de propiedad mediante Decreto-Ley o si, por el contrario, esta libertad dominical constituye un límite a la susodicha técnica legislativa. Y es que el artículo 86 de la Constitución dispone un cauce muy estrecho para utilizar los Decretos-Leyes. A su tenor, se trata, nótese bien, de «disposiciones legislativas provisionales», que no podrán afectar al ordenamiento de las disposiciones básicas del Estado ni a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I. La causa de esta herramienta legislativa se encuentra en una necesidad, a la vez, urgente y extraordinaria.

Y, como bien recuerda PARADA,

«la imposibilidad de proceder a efectuar expropiaciones legislativas por Decreto-Ley deriva obviamente de la circunstancia de que aquéllas afectan al Derecho de propiedad que está amparado por el artículo. 33.3, incluido entre los derechos regulados en el Título I de la Constitución. A esta misma conclusión se llega mediante una interpretación literal del citado artículo 33.3, que sólo admite que la expropiación se haga de acuerdo “con lo dispuesto en las leyes” y del artículo 128, que impone precisamente la fórmula de la ley para reservar al sector público recursos o servicios esenciales, y asimismo para acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general. Ninguno, pues, de estos preceptos parece tampoco admitir que la propiedad pueda ser abatida o limitada gravemente por un Decreto-Ley».

El profesor Javier SALAS (19), autor de una clásica monografía sobre los Decretos-Leyes, ya hipotizaba:

«el límite que acaba de aludirse trata, [extraordinaria y urgente necesidad] sin duda, de salir al paso de una

(18) *Op. cit., loc. cit.*

(19) J. SALAS HERNÁNDEZ, *Los Decretos-Leyes en la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1979.

práctica relativamente frecuente en el régimen franquista: la regulación por Decreto-Ley de aspectos relativos a materias propias del ámbito de los derechos fundamentales y de los deberes de los ciudadanos». «En particular debe notarse que no será factible aprovechar la promulgación de un Decreto-Ley de medidas coyunturales económicas, tan frecuentes como es sabido en los últimos años del franquismo, para incidir en el derecho de propiedad o en la libertad de empresa, reconocidos en los artículos 33 y 38 de la Constitución».

No es obstáculo para esta interpretación que el artículo 28.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional indique que se puede declarar inconstitucionales por infracción del artículo 81 de la Constitución los preceptos de los Decretos-Leyes en el caso de que dichas disposiciones «hubieran regulado materias reservadas a Ley Orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada con tal carácter, cualquiera que sea su contenido». Porque este precepto no coincide, pese a algún intento doctrinal en contra, con el de los derechos, deberes y libertades que deben ser regulados por Ley Orgánica. Como expresa ARIÑO ORTIZ (20):

«Si uno compara los textos comprueba que el artículo 81, cuando exige ley orgánica habla de “derechos fundamentales y libertades públicas” que es justamente el título que reviste la sección primera del capítulo II; en cambio el artículo 86, cuando prohíbe el Decreto-ley habla de “derechos, deberes y libertades”, incluyendo así en su ámbito de prohibición un nuevo elemento, que claramente se refiere a la sección segunda del citado capítulo, la cual se titula precisamente “de derechos y deberes de los ciudadanos”. Obviamente la expresión del 86.1 es más amplia que la del 81, lo cual además es lo que da sentido propio al primer precepto (el 86) que de otro modo vendría a ser una pura reiteración de lo ya dicho en el anterior (el 81). Ello es, además, institucionalmente coherente, porque, en efecto, la sección primera consagra unos derechos fundamentales de mayor jerarquía que la sección segunda y reciben por ello una doble protección especial: exigencia de ley orgáni-

(20) G. ARIÑO ORTIZ, «Servicio público y libertad de empresa», en *Libro homenaje a Villar Palast*, Madrid, 1989.

ca y amparo constitucional. Pero tan “derechos fundamentales” como aquéllos (y, por tanto, *garantías institucionales del modelo de sociedad*) son los contenidos en la sección segunda (entre ellos el derecho de propiedad, el derecho a la herencia, el derecho a la negociación colectiva o la libertad de empresa), que reciben ese segundo nivel de protección (reserva de ley con prohibición de Decreto-ley)».

En igual sentido se pronuncia ASTARLOA HUARTE-MENDICOA (21).

3.2. *Garantías y alteración del sistema de Fuentes del Derecho. Decretos-Leyes, legislación espuria y reacción judicial*

De otra parte, problema no menor en todo este asunto es el de las *garantías jurídicas* que tiene el sujeto destinatario de la norma. Y es claro que, frente a una norma que desea arrogarse el nivel normativo de Ley, lo que se pretende, injustamente, es eliminar la posibilidad de reacción del sujeto afectado. Cuando un acto acomete la tesitura de arrogarse la cualidad de acto legislativo queda menoscabado, si es que no eclipsado, el derecho a un procedimiento previo y al recurso judicial ordinario. No cabe el enjuiciamiento contencioso-administrativo de la actividad parlamentaria legislativa a primera vista. Por ello, cuando se pretende, *ad hoc*, vistiendo el ropaje formal de Ley, encubrir un acto administrativo expropiatorio, como es romper un contrato (y hacerlo además con efecto retroactivo), se produce una usurpación ilegítima del Poder Administrativo por el Poder Legislativo al eliminar la posibilidad de reacción judicial corregidora de una actuación ilícita. Se rompe así, con toda evidencia, el principio de división de poderes y su correlato, la división de funciones. El Parlamento, con su fuerza de Ley, se ve obligado por el Ejecutivo a hacer de Administración o de Poder Judicial; y, de esta manera, entra a romper contratos, como si ejerciera una potestad administrativa expropiatoria u operara una extraña rescisión judicial, sin pie de recurso y sin alegaciones previas. Así, *con el monopolio de la decisión unilateral que toda Ley reviste —y que crece exponencialmente en el caso del Decreto-Ley— rompe todo principio de audiencia, elimina la compensación y, en definitiva, confisca totalmente el contenido económico de una situación concreta de una empresa, concreta también.*

Como bien explica PARADA VÁZQUEZ (22):

(21) I. ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, núm. 119 de esta REVISTA.

(22) *Ob. cit., loc. cit.*

«En definitiva, cuando la Constitución, al condicionar a un sistema de garantías determinados actos del Estado, sólo permite que se realicen por aquellos de sus órganos —que son los judiciales y administrativos— en que aquellas condiciones se cumplen. Hay una proporcionalidad o equilibrio constitucionalmente establecido entre poder y garantías que puede desbaratar la intervención del Estado por vía legislativa. El Estado de Derecho no puede nunca avasallar, disparar a su antojo la artillería pesada cargada con el proyectil de la naturaleza indiscutible e irrecurrible de sus normas y actos con fuerza de ley».

Y este mismo autor recuerda la opinión de CARNELUTTI, que califica de *fraudem legis* la utilización de la legislación para sustraer su contenido a todo intento de recurso por los sujetos jurídicos afectados. Es decir, la modificación *in pejus* realizada por una norma con rango de ley vulnera las garantías del sujeto que la sufra; solamente cabría actuar contra un sujeto determinado si, con carácter general y anterior, esto es, de forma preconstituida o preestablecida, se han fijado con carácter previo los elementos que permitieran abordar tal reducción de derechos (dicho esto en cuanto al rango de la norma y sin pronunciarnos en cuanto al fondo).

Por ello mismo, estas expropiaciones *ope legis*, al disminuir o evaporar inclusive las garantías del sujeto afectado por la norma con rango de ley, plantean serios problemas de inconstitucionalidad.

Tal como vienen expresando GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ:

«Allí donde existe la técnica del control de la constitucionalidad de las leyes, el problema tiene una fácil solución: la ley materialmente expropiatoria que excluya o simplemente disminuya las garantías de la propiedad y el *standard* que de esas garantías quepa inferir de la Constitución, será una ley inconstitucional por desconocer la protección constitucional de la propiedad» (23).

La expropiación ha de tener lugar mediante la aplicación de técnicas previstas de antemano. Pero cuando la ley hace al mismo tiempo de fiscal, juez y verdugo de una empresa, disponiendo, con nivel en realidad administrativo, todo el tremendo impacto que ocasiona

(23) *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, pág 214.

una norma de carácter legislativo contra un sujeto determinado, lo que se está haciendo no es otra cosa que suprimir las garantías que ese sujeto o empresa tendría si se enfrentara simplemente con un acto administrativo o, inclusive, con una sentencia judicial.

Además, recuerda PARADA (24), en nuestra Constitución:

«El artículo 128 —alojado en el Título VII referente a Economía y Hacienda— no habilita al legislador para realizar expropiaciones singulares integralmente legislativas, sino solamente para socializar sectores económicos mediante la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, técnica de reserva que no es equiparable a la expropiación forzosa, como es sabido». «Lo característico, pues, lo esencial, de la expropiación legislativa desde el punto de vista de las garantías formales es la eliminación de todo procedimiento o trámite de audiencia administrativo y de los posteriores recursos administrativos y contencioso-administrativo e interdictales civiles por obra y gracia de la actuación del Estado a través del exorbitante instrumento de una norma con rango de ley y, como tal, indiscutible e inimpugnable».

Y esto es lo grave: la elección arbitraria del procedimiento debido, que, al pasar a ser legal en vez de administrativo, intencionadamente y con el elemento sorpresa que lleva todo Decreto-Ley (hay una cierta nocturnidad siempre en todos estos instrumentos bruscos), su carácter unilateral (no existe audiencia ante el Legislativo para que la tenga en cuenta en su decisión, y sí frente al Administrativo y el Judicial) y su eliminación buscada de la tutela judicial efectiva y del juez predeterminado (que establece el art. 24 de la Constitución), implica al final una eliminación de la propiedad, la igualdad y la defensa. En definitiva, sin hipérbole, nos encontramos que cuando se dispara un Decreto-Ley contra un sujeto de Derecho resucitamos el putrefacto cadáver de los *Bill of Attainders*, que debieran haber desaparecido para siempre. En ellos, recordamos, el Parlamento acusaba, juzgaba y ejecutaba de manera inapelable, concentrando así todo el poder frente a una persona. La retroactividad de las leyes sancionadoras o limitadoras de derechos fundamentales hace así su aparición, al remover situaciones consolidadas jurídicamente operando una confiscación *ex retro* que no pudo preverse en su momen-

(24) *Ibidem*.

to. Y, al mismo tiempo, la arbitrariedad de los poderes públicos, prohibida cabalmente en el artículo noveno de la Constitución, resuscita el carácter despótico (y a saber si ilustrado) de los procedimientos legislativos.

La legislación vigente declaró y sancionó un determinado *status* jurídico para determinados operadores. Dar marcha atrás, o romper sus contratos, son violaciones con efecto retroactivo de sus derechos de propiedad y sin otorgarles ninguna garantía jurídica para poder sostenerlos. Y mucho menos sin justiprecio expropiatorio. Lo que se ha operado es pura y llanamente una confiscación de derechos de propiedad.

3.3. *El tipo de relaciones jurídicas calificadoras de los suministradores de elementos básicos a los ciudadanos*

Hay que decir que un operador económico definido en cuanto a su *status* jurídico por la ley no se encuentra sometido a una relación de supremacía especial. La situación en que se puede encontrar quien quede definido por un marco legal concreto es la de un sujeto cualificado legalmente, pero en absoluto dependiente de las modificaciones unilaterales del Poder Ejecutivo. Su *status* no es el de quien acepta una situación objetiva legal y reglamentariamente mediante un acto de su voluntad. Tal es, resueltamente, la posición, pongamos por caso, de los funcionarios, quienes mediante la toma de posesión ingresan en un concreto orden que modifican luego, unilateralmente, la ley y el reglamento. Ahí sí caben determinaciones unilaterales lícitas por el Legislador. Y, aun así, con límites claros también. Ésas son las consecuencias de la teoría estatutaria de las relaciones funcionariales. Y, por ello mismo, frente a la situación en que ingresaron, difícilmente pueden argüir en pro de una congelación en los términos en que se hallaba regulada su actividad y situación al tiempo del ingreso. La ley, en este caso, puede modificar su *status* puesto que el funcionario dispone de simples expectativas frente al legislador. Y es precisamente con esta base que el Tribunal Constitucional, a propósito del adelanto de la edad de jubilación de los funcionarios, viene diciendo que tenían meras expectativas pero no derechos frente al legislador para mantener la edad de jubilación que se fijaba cuando ingresaron en la función pública. Y que, por eso mismo, en su Sentencia 99/1987 entiende que al no existir tales derechos, sino meras expectativas, «no pueden reprocharse a las normas que se impugnan el efecto de su privación y por tanto habrá que concluir por rechazar la pretendida vulneración del artículo 33.3 de la Constitu-

ción. No hay privación de derechos; sólo alteración de su régimen en el ámbito de la potestad del legislador constitucionalmente permisible». Insistamos: tal es la consecuencia de la teoría estatutaria y de la consecuente sujeción a una relación de supremacía especial, en la que se amplía la potestad reglamentaria, se eclipsan los derechos fundamentales y se abate la reserva de ley.

Pero nada de esto sucede cuando la situación definida por la ley entra en las *relaciones generales*, marcando el espacio jurídico en el que han de moverse los derechos fundamentales de los sujetos afectados, tales como la libertad de empresa o la propiedad.

En estos casos, el efecto expropiatorio se consume de inmediato, puesto que la ley opera una confiscación de un derecho que ya ha ingresado en el patrimonio del sujeto afectado. Y no se trata de una mera expectativa, sino de uno de los elementos en que opera todo el conjunto patrimonial en que consiste la libertad de empresa y los derechos de propiedad.

Notemos que, incluso en el caso de las meras expectativas, la propia doctrina del Tribunal Constitucional está lejos de constituir una pieza sólida. Así, y referidos directamente al caso de las relaciones de supremacía especial, el FJ 22 de esa misma Sentencia indica, a propósito de las expectativas económicas de los funcionarios a los que se les anticipa unilateralmente la edad de jubilación, que:

«Es posible, incluso, que esta finalidad no quede suficientemente asegurada y que esos efectos negativos, de no ser corregidos, puedan merecer algún género de compensación...».

Luego, aun más claramente, en su Sentencia de 11 de junio de 1987 indica:

«esto no impide añadir que esa modificación legal origina una frustración de las expectativas existentes y en determinados perjuicios económicos que pueden merecer algún género de compensación».

Esta «mala conciencia» del Tribunal Constitucional —en expresión de GARRIDO FALLA (25), precisamente hoy Magistrado de ese Alto Órgano— se da, pues, incluso para las expectativas, que son prederechos o derechos debilitados. Luego para los derechos no debilitados

(25) F. GARRIDO FALLA, *Sobre la responsabilidad del Estado legislador*, núm. 118 de esta REVISTA.

sino actuados, como por ejemplo los derivados de la contratación, el argumento se refuerza.

Pues bien, notemos que el Tribunal Supremo se ha hecho eco de la exigencia de indemnización cuando se frustran, inclusive, meras expectativas.

Así, las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de julio y 25 de septiembre de 1987 establecen (a propósito de la edad de jubilación de Magistrados, que había sido recortada) que

«la reparación de los posibles perjuicios que se pueden irrogar a Jueces y Magistrados al establecer la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, una edad de jubilación forzosa, que en relación con la normativa vigente cuando entraron al servicio de la Administración de Justicia minora su vida activa, plantea la cuestión de la responsabilidad del Estado por actos del Legislador, problema que la doctrina científica y el Derecho comparado abordó en un sentido favorable a declarar esta responsabilidad, cuando la aplicación de una ley conforme a la Constitución, produzca unos graves y ciertos perjuicios y que en el Ordenamiento legal que rige en nuestra Patria encontraría su respaldo y cauce legal en los artículos 9 de la Constitución y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado».

Ante la falta concreta de un Ministerio o Departamento que se haga cargo de atender la posible exigencia de reparación, se entiende por el Tribunal Supremo que resulta competente el Consejo de Ministros, a través del conducto del Departamento de tutela o de regulación del sector. En el caso de indemnizaciones judiciales, sería a través del Ministerio de Justicia y en el caso en que el Decreto-Ley afecte a un sector económico que caiga en el ámbito del Ministerio de Economía, como es el caso, será a través de éste que corresponde realizar la oportuna reclamación.

Comenta GARRIDO FALLA a propósito de esta Sentencia que «aunque el recurso se desestimó (no olvidemos que se trata de meras expectativas) es sin perjuicio de que la petición de reconocimiento del derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios que la jubilación pudo producir».

Y, es más, en la Sentencia de 25 de septiembre de 1987 se concreta que la petición de daños y perjuicios, a falta de otro órgano adecuado, es el propio Consejo de Ministros.

GARRIDO FALLA, en su indagación sobre este avanzar de la juris-

prudencia, trae a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional 70/1988, de 19 de abril. Y en ella el Fiscal General del Estado reconoce la posibilidad de acudir a la vía contenciosa como mecanismo de reparación de los perjuicios que implica una jubilación anticipada. Así, puede leerse textualmente en el Antecedente 4.º de la citada Sentencia 70/1988:

«... En cuanto al fondo de la cuestión planteada, el Fiscal General del Estado resume su argumentación en el Fundamento Jurídico Quinto, en los términos que a continuación reproducimos: Que si en cada caso la incidencia de la nueva edad de jubilación supone un sacrificio personal y económico, en frase de la jurisprudencia constitucional, con lesión de bienes y derechos, la propia Constitución de una parte y la Ley ordinaria de otra, establecen mecanismos de reparación que son aplicables por los Tribunales ordinarios a través del correspondiente proceso contencioso-administrativo, sin necesidad de acudir al instrumento de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad».

Luego, esta Sentencia, si deniega la equiparación entre adelantamiento de la edad de jubilación y expropiación, es precisamente porque nos encontramos, de nuevo, ante funcionarios y, como tales, sujetos a relaciones de supremacía especial y vinculados estatutariamente con la Administración. Dice así el texto de la Sentencia:

«No puede alegarse, pues, una incumplida exigencia constitucional de indemnización, porque la norma cuestionada no establece una medida expropiatoria de derechos... Ciertamente que ello afecta a la razonable expectativa de que se mantuviera la edad de jubilación en los términos en que se hallaba regulada al mismo tiempo de acceder a la condición de funcionario; mas no es equiparable la frustración de esa expectativa con la expropiación de bienes y derechos a que se refiere el artículo 33.3 de la Constitución. Ahora bien, la constitucionalidad de la nueva regulación de la edad de jubilación, acortando la vida activa de los funcionarios sin más matizaciones que la previsión de un calendario escalonado para su entrada en vigor y unas ayudas mínimas para suavizar sus efectos, no impide que se pueda apreciar en el marco de la legalidad ordinaria, como ya

se dijo en la STC 108/86 de 29 de julio y se reitera en la 99/87, de 11 de junio, cuya doctrina estamos siguiendo, que esa modificación legal origine una frustración de las expectativas existentes y, en determinados casos, perjuicios económicos que puedan merecer algún género de compensación... A esta doctrina se ha referido expresamente el Tribunal Supremo en Pleno... y se afronta el tema de la posible responsabilidad del Estado dimanante de la actividad legislativa».

El voto particular, firmado por RUBIO LLORENTE y TRUYOL SERRA, va más lejos aún y destaca cómo tanto el principio de seguridad jurídica, los derechos adquiridos —desde el momento en que el contenido patrimonial dispuesto por las normas había generado una situación previsible y estable— y la privación que supone la reducción del marco legislativo para un colectivo perfectamente identificable, implicaban la absoluta inconstitucionalidad de las normas *in pejus* dictadas contra personas o sujetos que podrían concretarse.

Lo cual conecta con la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1987, al indicar que

«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, incluso las leyes, de lo que se infiere que, si fácticamente se da perjuicio alguno para los ciudadanos concretos, económicamente evaluables, ellos deben ser indemnizados».

A juicio de GARRIDO FALLA (26):

«En resumen, el deber de indemnizar del Estado, por consecuencias de medidas legislativas de carácter expropiatorio está directa e indirectamente reconocido por el propio Tribunal Constitucional. De forma indirecta en la propia Sentencia sobre jubilación anticipada, pues en tales casos no se declaró la irresponsabilidad estatal, sino, lo que es bien diferente, se negó la existencia de auténticos derechos subjetivos expropiados (se trataba según el Tribunal Constitucional de me-

(26) *Ibidem.*

ras expectativas). Y de forma directa, aunque implícita, en la más reciente Sentencia 208/1988, de 10 de noviembre, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Disposición Adicional 21, apartados 14 y 15, de la Ley 50/84 de Presupuestos Generales del Estado para 1985, en cuanto que se retiraba la garantía del Estado a los efectos de garantizar la cuantía de las pensiones reconocidas por el Montepío de Funcionarios de la Organización Sindical AISS a sus pensionistas. Para el TC, el problema consiste en aclarar si la Disposición impugnada lesiona derechos adquiridos de quienes tuvieron ya reconocidas unas determinadas prestaciones que pueda suponer una privación de derechos a efectos de la exigencia de reparación o indemnización que prevé el artículo 33.3 de la Constitución».

Y, por todo ello, concluye este ilustre Magistrado del Tribunal Constitucional diciendo que «... obsérvese que en el propio planteamiento antes transcrito queda prejuzgada la posibilidad de que, si efectivamente se hubiesen sacrificado derechos adquiridos, el juego del artículo 33.3 de la CE hubiese determinado el necesario reconocimiento del derecho a la indemnización. ¿Y si la Ley impugnada hubiese negado aun en tal supuesto cualquier tipo de indemnización? La contestación es obvia: se trataría de una ley inconstitucional por vulneración del artículo 33.3».

En aplicación de esta solución, la entonces Audiencia Territorial de Valencia, por Sentencia de 9 de mayo de 1988, recogiendo la doctrina del Tribunal Supremo, establece dos criterios de enorme interés.

El primero señala que, pese a que no existe un cauce procedimental para exigir responsabilidad al Estado Legislador por daños ocasionados por la emanación de leyes *in pejus*,

«... la llamada responsabilidad del Estado Legislador, hay que entender existente en nuestro sistema jurídico cuando la aplicación de la Ley conforme a la Constitución produzca unos perjuicios graves y ciertos y que en el ordenamiento legal que rige en nuestra Patria encontraría su respaldo y causa legal en los artículos 9 de la Constitución y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado... esta responsabilidad se halla huérfana de regulación específica en nuestro De-

recho y su procedencia o improcedencia debe dilucidarse al amparo de los valores y de los principios generales del Derecho. Por consiguiente no puede colegirse que de tal ausencia de regulación derive la exención de responsabilidad para el Estado».

Y, en segundo lugar, en el FJ III establece:

«A la anterior conclusión no se le puede objetar que el daño producido es un perjuicio justificado al venir establecido en una Ley. La doctrina de la responsabilidad del Estado-Legislador encuentra su fundamento en la producción de un perjuicio anormal o especial en la esfera jurídica de alguno o algunos administrados, perjuicio que supera entonces el nivel de tolerabilidad de las cargas comunes que implica la convivencia social y que todos debemos soportar. Esta lesión o perjuicio antijurídico se puede causar perfectamente a través de una norma con rango legal; esta idea deriva tanto de la referencia del artículo 9.3 de la Constitución a las responsabilidades de los poderes públicos, como, sobre todo, del dato consistente en que el ámbito de aplicación del artículo 106.2 de la misma norma no tiene por qué reducirse a la Administración Pública, sino que puede entenderse extensible a otros poderes públicos, como es el poder legislativo, ya que la norma fundamental habla aquí de lesión consecuencia del funcionamiento de los servicios, y en el caso que aquí analizamos estaríamos en presencia de lo que la doctrina francesa llama servicio público de legislación, del mismo modo que existen responsabilidades del Estado por el servicio público de la justicia, regulada ésta por normas especiales (art. 121 CE)».

Anotemos los fundados razonamientos de esta Sentencia, escrita por Avelino BLASCO ESTEVE.

En una línea semejante se mueven las consideraciones expuestas por ARIÑO ORTIZ (27) al plantearse la existencia de leyes singulares y las de caso único. Porque hay leyes, razona el autor, en las que el Legislador «además de definir como toda ley un supuesto de hecho abstracto al cual aplicar un régimen jurídico, se establecen los casos concretos a los que tal régimen debe ser aplicado».

(27) G. ARIÑO ORTIZ, *Leyes singulares, leyes de caso único*, núm. 118 de esta REVISTA.

Estos supuestos plantean serios y graves problemas de indefensión, puesto que frente a la ley no cabe que el particular, sea persona física o jurídica, actúe o reaccione de la manera normalizada. No hay defensa, inicial, frente a las iniquidades que pueda cometer una ley. Aquí, el genio expansivo del Estado de Derecho tiene mucho trecho que recorrer. La vieja fórmula del Despotismo Ilustrado «*Hágase el bien, no importa a costa de quien*» está en la base misma de todas estas operaciones confiscatorias. El paso siguiente hacia la «injusticia de las leyes» (28) resulta así anunciado. Uno de los párrafos regios del Estado de Derecho puede encontrarse así enunciado como repulsión de la singularidad a peor. Tal cosa puede comprobarse en el artículo 19 de la Ley Fundamental alemana («Cuando de conformidad con esta Constitución pueda restringirse un derecho fundamental mediante una Ley o por aplicación de una Ley, la Ley deberá tener carácter general y no podrá limitarse a un caso individual») y, además, en el siguiente artículo, el veinte, se indica con toda nitidez que lo que se aplica es «la Ley y el Derecho»; no basta, pues, la simpleza de dictar una ley para conseguir abatir los derechos individuales, sean de personas físicas o morales. La reacción, paladina, a los abusos del concepto de ley en el período de entreguerras es obvia. Lo propio de la ley es la generalidad, frente a la sentencia o el acto administrativo, que tienden a la singularidad (y, por ello mismo, son esencialmente discutibles mediante los principios de audiencia y contradicción). La clave de bóveda de toda esta diferencia no es otra que la que sostiene un cimentado edificio de garantías, cuya ignorancia es provocadora de toda clase de lesiones en todos los ámbitos del actuar jurídico. La tesis de realizar un sacrificio especial y singular sobre un sujeto para conseguir el bien de los demás resulta odiosa, al crear un estatuto singular de no-derechos para el sujeto sacrificado. El ropaje formal de la ley esconde la miseria de un ataque sin posible réplica, lo que implica un atentado alevoso al derecho del sujeto-objeto de la ley. Se utiliza la ley frente a un particular a sabiendas de que quedan evaporadas sus posibilidades de reacción, que permanecerían intactas si ese acto administrativo, cubierto por el manto legal, recuperase su verdadera naturaleza.

4. PROPIEDAD, DELIMITACIONES Y LÍMITES

Ahora bien, en el caso de que efectivamente se disparase una ley contra un contrato, automáticamente saltarán a la luz las exigencias

(28) G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, Milano, 1977.

indemnizatorias inherentes a la expropiación realizada *ope legis*. Advirtamos que en la STC 166/1986 («Rumasa II») se viene a establecer que toda ley singular tiene un contenido material que, al menos en parte, es actividad ejecutiva o puramente administrativa y, por ello, «esa separación (de funciones) debe ser normalmente respetada a fin de evitar el desequilibrio institucional que conlleva la intromisión de uno de dichos poderes en la función propia del otro».

Y ello con independencia de que se trate de derechos fundamentales de «primera» o de «segunda». Hay que notar que son derechos fundamentales aquellos cuyo contenido esencial solamente puede afectarse por ley, con independencia de que se les otorgue o no el recurso de amparo.

Así lo recuerdan E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ cuando señalan (29):

«La proclamación en la Constitución de 1978 de una garantía a la propiedad, artículo 33, con el carácter de derecho fundamental y que, como tal, se impone al poder legislativo, artículo 53.1, ha dado en España un sesgo completamente nuevo al viejo problema de las expropiaciones legislativas».

Advirtamos que la expropiación se diferencia de la mera delimitación del contenido del derecho de propiedad. Porque es cierto que no toda regulación es, sin más, limitativa de la propiedad, sino que muy bien puede constituir un mero elemento definitorio de su ámbito de actuación.

Ahora bien, si mezclamos este asunto con el problema antes planteado de la virtud y valor de las llamadas leyes singulares, inmediatamente caemos en la cuenta de que la limitación aparece cuando de lo que se trata es de afectar en concreto una propiedad singular y no una regulación general. La delimitación del contenido de la propiedad es el resultado propio de una operación general, nunca de la definición del derecho de un sujeto dominical concreto. En buena teoría, no hay limitaciones a un sujeto, sino delimitación de un objeto. No puede existir, ni siquiera en la llamada «teoría estatutaria de la propiedad», un estatuto singular y único para un sujeto. Eso no es en modo alguno la delimitación de la propiedad, ni siquiera de una categoría o tipo de propiedades. Ésa es la definición al revés del derecho de propiedad de un sujeto determinado, en la cual primero se

(29) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, pág. 263.

examina cuál es su situación y luego se recorta, con tijera normativa, la figura legal correspondiente.

Expropiación es, no lo olvidemos, «cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos». Y el Tribunal Constitucional (STC 227/1988, que remite a su vez a otras muchas del propio Tribunal Constitucional) ha constitucionalizado sin ambages esa opción que hizo el legislador de 1954 en la Ley de Expropiación Forzosa. Extiende así, como explícitamente reconoce esta Sentencia, la garantía expropiatoria a los «derechos».

Fueron las Sentencias sobre las Leyes de Aguas y de Costas las que obligaron al Tribunal Constitucional a indicar que el respeto al contenido esencial del artículo 53.1 de la Constitución implicaba que ambas Leyes tenían un contenido esencialmente expropiatorio. Y de ello extrae GARCÍA DE ENTERRÍA: «ha quedado claro en Derecho español que, en sus relaciones con los bienes, el legislador no dispone de un poder absoluto; en concreto, que en tales regulaciones está obligado a preservar el “contenido esencial” del derecho de propiedad y que de afectar al mismo deberán articularse como Leyes expropiatorias si no quieren incurrir en inconstitucionalidad».

Y, así, cuando en el artículo 139 de la Ley 30/1992 se explica que indemnizarán las Administraciones Públicas por actos legislativos de naturaleza no expropiatoria queda claro que, cuando lo sean, entrará en juego la responsabilidad patrimonial del Estado, y desde luego sí tienen carácter retroactivo. Y de ello las leyes de naturaleza expropiatoria (en los términos del artículo 1.º de la Ley de Expropiación Forzosa) son inconstitucionales en la medida en que no se prevea la indemnización. Y debe haber equilibrio entre el despojo y la equivalencia patrimonial que se conceda. Y cabría utilizar la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

En definitiva, incluso desde la perspectiva de una actuación extralimitada de la tradicional potestad expropiatoria, cabe rechazar la utilización «contra uno cives» de la técnica legislativa. Hay, con toda evidencia, una «reserva de jurisdicción» (30) que implica que el Estado de Derecho, para ser tal, ha de reconocer el principio de división de poderes y no su confusión. Si se dispara un Decreto-Ley contra una empresa, los jueces, en principio, poco podrían decir. Aunque, como bien hemos visto, luego las reacciones no se hacen esperar y el Derecho, como una letra de cambio aplazada, acaba volviendo por sus fueros y exigiendo rectificaciones de alguna intensidad en pro de las garantías perdidas. Veámoslo.

(30) S. MUÑOZ MACHADO, *La reserva de jurisdicción*, Madrid, 1989. Éste es el trabajo capital al que seguimos en la exposición.

5. RESERVA DE JURISDICCIÓN. LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL CONTRA LA ABLACIÓN DE FUNCIONES POR EL PODER LEGISLATIVO

La idea de una reserva de jurisdicción, esto es, de que existen derechos cuyo abatimiento no puede realizarse sin que exista al final una posibilidad real de discutir dicha ablación ante los Tribunales, tiene más fundamento del que pretende una mera aplicación positivizada de la potestad quasilegislativa; esto es, no basta escudarse en la existencia de una norma con rango de ley para cubrir sin fisuras todas las exigencias que impone el principio de división de poderes.

Veamos también este asunto con algún detalle.

La idea de que existe un *Kernberich*, un núcleo intocable de funciones jurisdiccionales que no puede desconocer el Legislativo, está asentada en el constitucionalismo contemporáneo y hunde sus raíces en fórmulas consagradas de la ciencia jurídica que responden a un inequívoco diseño de pesos y contrapesos entre los diferentes Poderes públicos.

La idea de independencia del Poder Judicial está en la base misma de todo el Estado de Derecho. Y se desconoce no solamente cuando se altera la inamovilidad de los jueces, sino asimismo si invade el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo su más íntima función. Superando el «principio monárquico» que reservaba al Ejecutivo todos los asuntos y que permitía que las sentencias fueran inmotivadas y avocadas por la Corona (sentencias por Imperio y no por Derecho), se establece de manera contundente la reserva de dicha función en todos los asuntos a los miembros del Poder Judicial. Los conflictos tenían como regla de solución normas generales y objetivas, que aplicaban, precisamente, funcionarios independientes que de propio formaban un estamento aparte, el judicial. En MONTESQUIEU se encuentra ya cabalmente formulada: «Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'executive». Y, como recuerda MUÑOZ MACHADO (31), en MONTESQUIEU y en HAMILTON se encuentra ya la idea de que si el juez es legislador, o viceversa, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario y no tendría límites; en *The Federalist* se indica: «el poder judicial es, sin comparación, el más débil de los tres apartados del poder que nunca podrá atacar con éxito a ninguno de los otros dos y que son precisas toda suerte de precauciones para capacitarlo con el fin de que pueda defenderse de los ataques de aquéllos. La independencia completa de los Tribunales es particularmente

(31) *Ob. cit., loc. cit.*

esencial en una Constitución limitada. Por Constitución limitada entiendo la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa, como, por ejemplo, la de no dictar decretos que impongan penas e incapacidades sin previo juicio, o leyes *ex post facto* y otras semejante. Las limitaciones de esta índole sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los Tribunales de Justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución». Concluye MUÑOZ MACHADO indicando con toda precisión: «La independencia judicial entendida así, como separación de la función jurisdiccional para atribuirle exclusivamente a los jueces, con prohibición de ejercicio de esa tarea por otros poderes y particularmente por el Legislativo, es la concepción a que parecen responder más exactamente las formulaciones de los primeros textos constitucionales». Y el Discurso Preliminar de la Constitución de Cádiz establece con pulcritud: «Para que la potestad de aplicar las leyes a los casos particulares no pueda convertirse jamás en instrumento de tiranía, se separan de tal modo las funciones del juez de cualquier otro acto de la autoridad soberana que nunca podrán ni las Cortes ni el Rey ejercerlas bajo ningún pretexto» (32).

La exclusividad de la función de juzgar implicaba, a su vez, la de que no hubiera lagunas en la protección jurídica; esto es, tampoco podrían los legisladores declarar zonas exentas al control judicial cuando estuvieran directamente en juego los derechos individuales. Dicho de otro modo, no cabría establecer ordenamientos singulares en contra de determinados sujetos, ni tampoco cabría morder el espacio propio de la judicatura mediante una inmisión legislativa que impidiese el enjuiciamiento contencioso de la actividad definida en esa norma. Por esta vía se desconoce cabalmente lo dispuesto en el artículo 117.4 de la Constitución, al indicar, en menos pero también en más, que «los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho». Esto, en expresión del Tribunal Constitucional (STC 108/1986 de 29 de julio), «tiende a garantizar la separación de poderes». Es decir, no cabe ir disminuyendo las atribuciones judiciales, sino que hay que establecer una protección jurídica sin lagunas. No hay disminución, eliminación o alteración posible de derechos por obra del Poder Legislativo que no tenga una contrapartida judicial. Tiene que existir, pues, algún recurso que permita cabalmente la discusión de la obra legislativa del Ejecutivo cuando su acción apunte directamente contra una persona, sea física o jurídica. No hay exclusiones. La misión, en

(32) S. MUÑOZ MACHADO, *op. ult. cit., loc. cit.*

exclusiva, de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado tiene proyecciones en más y en menos. En más, implica que cualquier actividad jurisdiccional ha de ser ejercida por jueces independientes, lo que lleva directamente a la inamovilidad. Y, en menos, implica que no se pueden ir generando actuaciones de los Poderes públicos que escapen al posible control jurisdiccional si lo que dichas acciones pergeñan son disminuciones de derechos.

Es capital, pues, que esa actividad materialmente administrativa pueda ser examinada, precisamente, por un juez independiente y que ponga en marcha la imparcialidad en el enjuiciamiento. Como bien expresan las conclusiones del Consejo de Estado francés (Conseil d'État, Assemblée, 23 Février 2000, Société Labor Metal, Conclusions de M. SEBAN, Commissaire du Gouvernement):

«l'opinion des magistrats ne se forme que par le procès et ne soit pas influencée par des idées préconçues ou des suggestions venues de l'extérieur, et que, d'autre part, les parties puissent raisonnablement avoir la conviction qu'il en est ainsi. On a coutume de résumer ce dernier aspect du principe d'impartialité par l'adage anglais: *"Il ne faut pas seulement que la justice soit rendue, mais également qu'elle soit donnée à voir"* (*"Justice must not only be done, it must be seen to be done"*). Cette exigence est essentielle. On se souvient de la fable du meunier de Sans-Souci, rétorquant à Frédéric II qui voulait lui prendre de force un terrain: *"Sire, il y a des juges à Berlin"*. Sans confiance du justiciable dans l'impartialité de ses juges, la justice perd une grande part de sa légitimité. Bien entendu, il y aura toujours des justiciables de mauvaise foi, qu'aucune apparence ne suffira à convaincre. La "théorie des apparences" exige donc uniquement que l'impartialité du tribunal ne puisse laisser prise aux doutes d'un esprit raisonnable».

Es decir, siempre tiene que haber «Jueces en Berlín» que enjuicien las intemperancias del poder sobre los derechos de los ciudadanos, sus propiedades y sus empresas.

La magnitud de la función jurisdiccional supone que no pueden irse realizando actos del Poder Ejecutivo ni del Poder Legislativo que alteren los derechos fundamentales de los ciudadanos ni de las personas en general, y, entre ellos, el capital derecho a la defensa. Y es que sería dependiente y no independiente el Poder Judicial si la téc-

nica para evitar el enjuiciamiento de las conductas de los poderes públicos frente a los titulares de derechos dependiera simplemente de la creación, *ex novo*, de una prohibición de recurso para cada caso concreto. Y esto es, cabalmente, lo que sucedería si por Decreto-Ley se definen y establecen limitaciones para un sujeto concreto y no se le deja recurrir. Si se reduce el campo de aplicación de lo justiciable, lo que se hace, directamente, es atacar profundamente a la independencia del Poder Judicial. Éste sería, pues, dependiente del capricho de cada legislador de turno coyuntural, y los derechos de los justiciables quedarían a expensas de los cambios de humor del Legislativo en cada momento. Cabalmente y sin hipérbole, tal era la situación exacta en que se movían los derechos en el Antiguo Régimen. No había tutela judicial efectiva, que es lo que sin ambages proclama con solemnidad el artículo 24 de la Constitución. Si una norma concreta ataca la libertad o la propiedad, aunque tenga rango legal, se establece como un mandato específico dirigido al juez, de manera tal que la previsión contenida en esa norma es en realidad una instrucción dirigida frente al juez; éste ya no operaría de manera objetiva e independiente aplicando normas, sino que quedaría subordinado enteramente al mandato concreto del legislador, no realizando así ninguna función jurisdiccional, sino sometiéndose por entero al poder sin límites del que ostente la potestad legiferante (SCHMITT) (33). Los mandatos singulares no son normas, no contienen regulaciones, sino aplicaciones y decisiones concretas de políticas; son puros actos en los que el poder que pueda llegar al «BOE» sustituye, desde luego, al Poder Judicial, que se ve así privado de su potestad de solucionar y sentenciar sobre el caso concreto. Lo propio del juez es hacer decisiones singulares, no reglas generales, y, encajando al revés el argumento, lo propio del Legislador es actuar genéricamente, no particularmente. Suele citarse clásicamente, a este propósito de distinguir las actuaciones del Poder Legislativo de su función legislativa propiamente dicha, el discurso de Robespierre ante la Asamblea incitando a la ejecución de Luis XVI: «Vosotros no sois jueces, sino hombres del Estado que representáis a la Nación. No tenéis que pronunciar un juicio a favor o en contra de un hombre, sino que debéis adoptar una decisión de interés político». El resultado ya se sabe siempre cuál es de antemano. No extrañe que este déspota revolucionario también añadiera: «La palabra jurisprudencia debe ser borrada de nuestra lengua. En un Estado que tiene constitución y legislación, la jurisprudencia de los tribunales no es otra que la propia ley». La confusión de ambos poderes en la unifi-

(33) *Ob. cit.*

cación de funciones es la negación misma del Estado de Derecho (34).

Aquí, en el sistema de fuentes y de poderes constituidos, no opera sin más el principio democrático: no se trata de votar si unos derechos tienen protección y otros no. Aquí opera directamente el principio de constitucionalidad, esto es, el de una legalidad superior no ignorable por ningún poder constituido. El sometimiento pleno a la ley supone a la globalidad de las leyes, sin que quepan acepciones subjetivas de personas, sean físicas o jurídicas, que carezcan de tal cobertura. Si todo el exultante ropaje constitucional protector de la independencia judicial quedara al albur de que una norma con rango de ley decidiera que sus actos concretos aplicables a los ciudadanos y demás sujetos de derecho no son recurribles, habríamos entrado en un juego formal en el que la Constitución no sería una norma jurídica, sino simplemente un pío deseo que el Legislador y el Ejecutivo cumplirían a su arbitrio. Y esto, cabalmente, es lo que prohíbe el artículo 9 y, en general, la globalidad de la Constitución. De lo que se trata es de evitar la interferencia de los demás poderes sobre el Poder Judicial. Y no se lograría esto si un Decreto-Ley, envolviendo con su abrigo formal de ley una disposición contra un sujeto, eliminara sus garantías. Si se impide que los jueces examinen los actos del poder que afecten *nominatim* a los ciudadanos, se rompe totalmente la trayectoria del Estado de Derecho que otorga a los jueces el monopolio del enjuiciamiento de las conductas del poder o de los Poderes públicos que afecten de manera inmediata a los ciudadanos. La regla de la exclusividad entendida como principio general del Derecho implica, por de pronto, que todo atentado del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo contra un ciudadano ha de ser examinado exclusivamente por los jueces, sin que se otorguen a sí mismos esferas de protección los titulares de los Poderes Ejecutivo y Legislativo. De ahí que MUÑOZ MACHADO (35) entiende que sí existe, sin duda, una *Richtervorbekalt* o reserva de jurisdicción, que implica «un límite directo de las leyes y de las decisiones que puede adoptar el Ejecutivo que tengan un contenido materialmente jurisdiccional».

Ejemplos concretos de esa reserva sí se han ido dando ya en la jurisprudencia. Así, a modo de ejemplo, cabe recordar la STC 39/1983, que declaró inconstitucional el artículo 40.f) de la anterior Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa porque aceptaba que *mediante Ley* (atención al rango) se pudieran excluir asuntos administrativos del conocimiento de la jurisdicción contencioso-ad-

(34) Para toda esta evolución, de nuevo vid. S. MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, *loc. cit.*

(35) *Ob. cit.*

ministrativa. La STC 80/1983, que declaró derogada la Ley de 20 de julio de 1963 de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, en lo que establecía la exclusión de la revisión jurisdiccional de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia. O la STC 90/1986, entre otras, que indica que las consignaciones previas al proceso, aun impuestas por Ley, no pueden dificultar el acceso a la Justicia.

Y, eventualmente, Tribunales inferiores en mucho al Constitucional no se han dejado pisar su ámbito de atribución de competencias y han sabido reaccionar frente a las inmisiones del Legislativo en el campo judicial.

Y es que, como bien expresó el propio Tribunal Constitucional, «la seguridad jurídica es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio» (SSTC 27/1981, 99/1987, 126/1987), y sí que «protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles» (SSTC 150/1990 y 197/1992). El propio Legislador, a tenor de la jurisprudencia constitucional, ha de moderar y morigerar su entusiasmo cambiante, y evitar las sorpresas imprevisibles, exageradas y desproporcionadas. Y, desde luego, la Administración tiene que producirse con exquisita atención a una interpretación plausible y no anómala del principio de legalidad. En caso contrario, y precisamente como correctivo al poder imparabile y a la potestad sin control que tiene la Administración, tanto en el otorgamiento de licencias como de planificar o regular mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, pronto acabaríamos sometiéndonos dictatorialmente al cambiante e infiscalizable ejercicio de sus poderes públicos.

Y es que la propiedad y la libertad de empresa imponen límites. Si se hubiera querido seguir la vía del artículo 128 de la Constitución, tendría que haberse establecido con toda claridad el límite por ley, aplicar, en su caso, la política de indemnizaciones o llegar, inclusive, a la planificación. Pero en estos casos, al menos, sabríamos dónde nos movíamos. Pero ahora, en las aguas movedizas del Decreto-Ley, no existe manera alguna de conocer con anticipación y con alguna claridad cuáles son los elementos que definen el mercado en su aspecto cuantitativo. No hay «regla de razón», sino la pura razón de la regla creada en cada momento por el Gobierno.

La violación de los límites a estos dos derechos fundamentales, la eliminación de la reserva de ley, la creación de una potestad regla-

mentaria independiente de todo límite, no están permitidas por los artículos 9, 33, 38, 97 y 128 de la Constitución.

Por ello cabría, sin género de dudas, plantear inmediatamente, contra el primer reglamento que lo intentara en aplicación de esta deslegalización, un recurso contencioso, con medida cautelar de suspensión inmediata.

6. LA RUPTURA DEL CONTRATO DE GAS CON ARGELIA

El contrato de aprovisionamiento realizado por una empresa privada, con accionistas privados, dentro de un marco mercantil jurídicamente lícito, con confianza internacional de los inversores de la parte contratante argelina, incorporado como activo dentro de la empresa, no puede quebrarse sin más. No existen, dentro del Derecho de la competencia español, ejemplos de ruptura retroactiva de contratos. De haberse conocido que, años después, el Legislador y el Gobierno iban a romper un contrato, no se hubiera realizado.

A partir de ahora, si es lícito que el Gobierno rompa los contratos, la seguridad jurídica que como principio impone el artículo noveno de la Constitución pasa a constituirse un pío deseo.

Ese gas puede, en su caso, abrirse como toda *essential facilitie* si no existen alternativas serias y probadas, de forma tal que el titular del contrato pueda quedar sometido a la venta forzosa, en los términos, dicho sea de paso, de la propia Ley de Expropiación de 1954. Pero eliminarle de la contratación, quebrar su contrato, impedir que haga negocio del gas que contrató con terceros, de manera frontal y directa, rompe totalmente lo que es el Derecho de la contratación. Es una confiscación en los precisos y resueltos términos previstos en la legislación general de la expropiación. Se le ha convertido «al actual titular del contrato de aprovisionamiento de gas natural procedente de Argelia» en una suerte de agente o comisionista forzoso del resto de los operadores del sector. Y se rompe, *ex post facto*, la libertad de contratar, se introduce una alta dosis de inseguridad frente a los suministradores y se ocasiona a una empresa determinada una notable disminución de sus expectativas. Todo ello cuando apenas antes el Gobierno había potenciado, permitido, patrocinado, la libertad de contratación.

Aquí sí que se crea, totalmente, un ordenamiento singularizado contra una empresa. Ya no tiene seguridad de que el contrato que realice en estos momentos dentro de unos años no será objeto de apertura. ¿Qué es lo que se está abriendo? ¿Cuál era el ilícito civil, administrativo, internacional en que había incurrido esta compañía?

Sin género de dudas, cabe entender que se viola notablemente el principio de la confianza legítima (36), se produce la apertura de un período de inseguridad jurídica que se aplica retroactivamente y se consigue que, al final, sean los terceros los que vean facilitadas su incorporación al mercado, su permanencia en él, a costa de un daño a un contratante. El contrato procedente de Argelia no tenía ningún ilícito que le tachase de anticompetitivo y por ello, sin más, romper los contratos, deshacer hacia atrás la obra realizada, no tiene otro sentido que el de una intervención económica en sentido preconstitucional. No se trata de que el fin justifique los medios. Los instrumentos son muy importantes y cuentan en un Estado de Derecho.

El gas procedente de Argelia, legítimamente tenido por el «actual titular», puede y debe quedar en manos de su titular dominical. El gas que pertenece al contrato suscrito por Gas Natural procede de un origen regular, estable y fiable; no puede procederse a desposeer a su titular dominical sin quedar sometido a los condicionamientos de la expropiación. Porque es claro que no ha existido aplicación alguna de la legislación de la competencia, ni nacional ni comunitaria. Si hubiera habido el menor indicio de infracción en la preparación, ejecución y desarrollo de este contrato habrían existido posibilidades ciertas de que hubiera, bien de oficio o bien por denuncia, en los miles de casos y de aplicaciones que ya han tenido lugar, expediente abierto contra la utilización de ese contrato en el ámbito del Derecho de la competencia.

Y, desde luego, es capital advertir desde ahora que es preciso exigir a los operadores económicos, singularmente a las compañías comercializadoras, que realicen ya en estos momentos el aprovisionamiento exigible, porque si no veremos cómo dentro de muy poco se intentará volver a pedir al Gobierno que emita otro Decreto-Ley volviendo de nuevo a utilizar la ilícita técnica de romper contratos retroactivamente para seguir ofreciendo el maná a quienes, instalados solamente en el lobby, pretenden camuflar so capa de competencia una auténtica confiscación.

Resulta así perentorio dejar claro que los dos institutos, expropiación y competencia, son claramente distintos y que su alcance, ámbito y contenido responden a finalidades diferentes. Mezclarlos indebidamente es un juego de confusiones que solamente produce

(36) Hemos tenido ocasión de escuchar del maestro Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA su reciente crítica al principio de confianza legítima en la contestación a mi *Laudatio* realizada en el momento de investirle Doctor Honoris Causa por la Universidad de Extremadura, el día 10 de mayo de 2002 en Badajoz (pendiente de publicación). No obstante, entendemos que su certera crítica no alcanzará a supuestos concretos bien definidos, como el presente caso, que claramente se refieren a supuestos de aplicación retroactiva de normas *in pejus* nunca previstas.

ofuscación y falta de comprensión de un fenómeno de nuestros días tan capital como la introducción de competencia en los mercados. La sustitución indebida y abrupta del mercado por la vía legislativa, actuando así de una vez, mágicamente, es una situación absolutamente incompatible con la libertad de transacciones *ceteris paribus*, propiciando un extraño juego de ganadores y perdedores impropio de la neutralidad, objetividad e independencia de la Administración Pública.