

TEMAS

El daño lícito

Carlos Céspedes Muñoz

■ LA LEY



Wolters Kluwer

TEMAS

■ LA LEY

El daño lícito

Carlos Céspedes Muñoz



Wolters Kluwer

EL DAÑO LÍCITO*

Carlos Céspedes Muñoz
Abogado. Doctor en Derecho

* La presente obra está constituida, esencialmente, por la tesis doctoral defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca ante el Tribunal integrado por el Dr. D. José María León González (Presidente), Dra. D. Elena Vicente Domingo y Dra. D. Henar Álvarez Álvarez; la cual, bajo la dirección del Dr. D. Eugenio Llamas Pombo, obtuvo como calificación «sobresaliente *cum laude*». Contiene buena parte de las observaciones y sugerencias entregadas por los miembros del Tribunal, a quienes agradecemos sinceramente por los aportes efectuados.

Consulte en la web de Wolters Kluwer (www.digital.wke.es) posibles actualizaciones, gratuitas, de esta obra, posteriores a su publicación.

© **Carlos Céspedes Muñoz**, 2016

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wke.es

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Julio 2016

Depósito legal: M-24250-2016

I.S.B.N.: 978-84-9020-538-9 (papel)

I.S.B.N.: 978-84-9020-539-6 (digital)

© **WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **CEDRO** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes». Por su parte, conforme al art. 1.1 LEF, el concepto de expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social comprende «cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales 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».

De esta manera, el régimen de expropiación forzosa se construye sobre dos principios esenciales: la potestad expropiatoria, que permite al poder público privar a los particulares de bienes y derechos; y la garantía patrimonial, que reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizado por tal privación⁽⁵¹³⁾. Pues bien, este último extremo es el objeto de nuestra atención.

2. Concepto de expropiación forzosa

Como hemos dicho, la expropiación pretende ser una garantía patrimonial del administrado frente a los perjuicios causados por la Administración⁽⁵¹⁴⁾, no obstante tratarse de una privación singular. Ahora bien, los términos genéricos del art. 33.3 CE convierten a la expropiación forzosa en una institución necesitada de la correspondiente configuración legal, como lo manifiesta la parte final de tal disposición⁽⁵¹⁵⁾. Por ello recurriremos a la jurisprudencia del TC para determinar su conceptualización.

Así, la STC de 15 de marzo de 1990⁽⁵¹⁶⁾ refiere que «... la existencia misma del concepto de expropiación de derechos —en cuanto presupuesto previo de la necesidad de indemnización—... se encuentra integrado por dos elementos esenciales: que se trate de derechos, y no de meras expectativas, y que la privación de los mismos sea de carácter “singular”, esto es, represente

(513) Entre varios, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Potestad expropiatoria...*, cit., p. 1035; MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 120; LÓPEZ MENUDO, F., CARRILLO DONAIRE, J.A. y GUICHOT REINA, E., *La expropiación forzosa*, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 27.

(514) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., pp. 143 y ss.; BARNÉS, J., «El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978», en *Propiedad, expropiación y responsabilidad* (coordinador Javier BARNÉS), Tecnos, Madrid, 1995, p. 53.

(515) PARDO FALCÓN, J., «El Tribunal Constitucional en la propiedad», en *Propiedad, expropiación y responsabilidad* (coordinador Javier BARNÉS), Tecnos, Madrid, 1995, p. 73.

(516) STC 41/1990 en BOE N.º 85, suplemento, de 09 de abril de 1990, entre varias que expresan lo mismo.

un “sacrificio especial” impuesto a uno o varios sujetos, y no una limitación o regulación general del contenido de un derecho, que no priva del mismo, sino que lo configura *ex novo* o bien modifica una situación normativa general anterior».

Como primer presupuesto, el objeto de la expropiación está constituido por la privación de bienes y derechos (art. 33.3 CE) y la afectación de intereses patrimoniales legítimos (art. 1.1 LEF), descartándose la indemnización por privación o afectación de meras expectativas. Por lo anterior, el propio TC ha precisado que «... la doctrina jurídica y la jurisprudencia consideran, casi unánimemente, que sólo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no eventuales o futuros»⁽⁵¹⁷⁾. Por ello, no se ha concedido indemnización por considerarse como mera expectativa la mantención de una determinada edad de jubilación ante una ley que la redujo⁽⁵¹⁸⁾; la de mantener los empleados públicos las condiciones en que realizan su función o tarea al servicio de la Administración en el mismo nivel de exigencia en que lo estuvieran cuando ingresaron en aquélla⁽⁵¹⁹⁾; y la de recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto, expectativa que debiendo ser concretada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado en cada ejercicio, para el año 2012 quedó sin efecto por haberse suspendido con anterioridad a su consolidación⁽⁵²⁰⁾.

Ahora bien, en relación a qué se entiende por «intereses patrimoniales legítimos», GARCÍA DE ENTERRÍA nos dice que se trata de un «concepto válvula» cuya modulación se confía a la prudencia de los Tribunales y lo serán «sólo aquellos sumamente calificados cuyo sacrificio imponga la consecuencia de una indemnización»⁽⁵²¹⁾. Se han calificado como tales, por ejemplo, a la situación de los precaristas, los que tienen derecho a una indemnización

(517) STC 108/1986 de 29 de julio, en BOE N.º 193, suplemento, de 13 de agosto de 1986.

(518) *Idem*. Esta es una de las sentencias que alentaron el debate sobre la responsabilidad del Estado legislador, ya que, no obstante rechazar el recurso de inconstitucionalidad, declara que tal hecho pueda «merecer algún genero de compensación», abriendo, con ello, la puerta a la indemnización por acto del legislador, lo cual, a juicio de GARRIDO FALLA, se debe a la «mala conciencia» del TC al rechazar tal recurso (GARRIDO FALLA, F., *Sobre la responsabilidad...*, cit., p. 38).

(519) STC 178/1989, de 02 de noviembre, en BOE N.º 290, suplemento, de 04 de diciembre de 1989.

(520) STC de 05 de marzo de 2015 en recurso de inconstitucionalidad 1114/2013, disponible en http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP_2015_024/2013-01114STC.pdf (visita 19 marzo 2015).

(521) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., p. 54.

por la pérdida de la posesión del bien expropiado siempre que se acredite cumplidamente que se les ha causado un perjuicio⁽⁵²²⁾.

El segundo presupuesto dice relación con que la privación de derechos efectuada por medio de la expropiación forzosa sea de carácter singular y no constituya una simple regulación o delimitación de aquéllos⁽⁵²³⁾. De esta exigencia y sus contornos nos haremos cargo a continuación.

3. Distinción de la expropiación forzosa con la delimitación de derechos y la responsabilidad patrimonial de la Administración

Conviene distinguir previamente al instituto expropiatorio de otras instituciones estrechamente vinculadas con éste: la delimitación de derechos y la responsabilidad patrimonial de la Administración, que pueden traer o no aparejada una respuesta indemnizatoria.

3.1. Expropiación forzosa y delimitación de derechos

Como conclusión normal se ha sostenido que la delimitación de derechos no debe dar lugar a indemnización, a diferencia de la expropiación, que ha sido concebida para conciliar las exigencias del interés general con la garantía patrimonial de los derechos de los administrados precisamente mediante aquélla⁽⁵²⁴⁾. Tal aserto, con base normativa en los arts. 33.2 CE para el derecho de propiedad y el art. 53.1 CE para los demás derechos, no obstante, presenta dificultades en la determinación de su sentido y alcance, dada la «evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa»⁽⁵²⁵⁾, la cual ha hecho difusos los límites entre ambas instituciones. Esta afirmación es aún más aguda para el sistema español, que incluye dentro del objeto de

(522) Como lo declara, entre varias, la STS de 28 de septiembre de 2002.

(523) PARDO FALCÓN, J., *op. cit.*, pp. 74 y 75.

(524) BARNÉS, J., *op. cit.*, p. 42; MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 86; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La garantía constitucional del patrimonio de los ciudadanos: expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial del legislador en el Derecho comparado», en *El Derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías* (coordinadores Alfredo ARISMENDI A. y Jesús CABALLERO O.), Civitas, Madrid, 2003, pp. 3042 y 3043; LÓPEZ MENUDO, F., CARRILLO DONAIRE, J.A. y GUICHOT REINA, E., *op. cit.*, pp. 27 y ss.; PARDO FALCÓN, J., *op. cit.*, pp. 74 y 75.

(525) Como lo pone de manifiesto en el trabajo de la misma denominación NIETO, A., *op. cit.*, pp. 67 y ss.

la expropiación no sólo al derecho de propiedad sino también al resto de los derechos patrimoniales como a los intereses patrimoniales legítimos.

Esta problemática no es propia del sistema español, sino de todos los ordenamientos que regulan el instituto expropiatorio⁽⁵²⁶⁾. Cabe resaltar la solución adoptada en el sistema norteamericano, en la cual no obstante no contener la Enmienda V ninguna reserva en favor de los posibles efectos limitadores de una ley reguladora de la propiedad, la práctica jurisprudencial develó que había que distinguir entre el *taking* y la *regulation*, situación esta última de la cual puede resultar alguna reducción de utilidad al propietario sin necesidad de indemnización alguna⁽⁵²⁷⁾. Si bien no hay una fórmula precisa que determine cuando concluye una *regulation* y comienza un *taking*, se afirma que «el *eminent domain* toma (*take*) una propiedad y la aplica para un uso que beneficia al público, mientras que el *police power* (fuente normal de la *regulation*) restringe al propietario en el uso o disfrute de su propiedad porque un ejercicio ilimitado de los derechos de propiedad es considerado contrario al interés público...»⁽⁵²⁸⁾.

3.1.1. Teorías para determinar el criterio que permite distinguir a la expropiación forzosa de la delimitación de derechos

La distinción entre delimitación de derechos y expropiación ha sido una materia de difícil solución. Sobre el particular se han dado los siguientes lineamientos:

3.1.1.1. Criterio de la privación singular de la propiedad (*Einzelaktstheorie*)

Uno de los primeros criterios para diferenciarlos fue el del acto individual o de la privación singular de la propiedad (*Einzelaktstheorie*), conforme al cual la expropiación sólo tiene lugar cuando existe privación de los derechos de una persona determinada o de un círculo delimitado de personas

(526) Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La garantía constitucional», recién citado; BAÑO LEÓN, J.M., «Aproximación al régimen jurídico de la expropiación forzosa en Francia, Italia y Alemania», en *DA*, N.º 221 (1990), pp. 214 – 215; PONT CASTEJÓN, I., «La técnica expropiatoria en Derecho anglosajón. Estados Unidos y Gran Bretaña», en *DA*, N.º 221 (1990), pp. 244 y ss.

(527) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La garantía constitucional», cit., pp. 3044 y 3045; PONT CASTEJÓN, I., *op. cit.*, pp. 244 y ss.

(528) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La garantía constitucional», cit., p. 3045, citando a SCHWARTZ.



Determinar las fronteras del daño indemnizable constituye una tarea permanente de los juristas. En este extremo, el estudio del mismo se ha centrado en conocer los caracteres, requisitos y estatuto jurídico del daño ilícito, constituido por el daño contractual y el daño extracontractual.

Pero el daño jurídicamente relevante no se agota en el daño ilícito. Existe otra categoría de daños, completamente inexplorados en el sistema español, que responden a una lógica distinta del daño contractual y extracontractual: éste es el daño lícito.

El daño lícito se caracteriza por ser un daño permitido, tolerado e incluso, fomentado por el ordenamiento. En algunos casos, no obstante la existencia de un perjuicio, no genera indemnización alguna para el titular del interés afectado. En otros, por contemplarlo expresamente la ley, genera una compensación económica en favor del perjudicado.

La presente obra, junto con conceptualizar al daño lícito, se encarga de determinar sus contornos, el estatuto jurídico aplicable y la naturaleza y fundamento de la indemnización otorgada por la ley en alguna de sus hipótesis.



ISBN: 978-84-9020-538-9



Wolters Kluwer