

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN DECLARA LA NULIDAD DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO, DE 26 DE JUNIO DE 1981 *

I

El Tribunal Constitucional alemán, por Sentencia de 19 de octubre de 1982 (1), ha declarado la nulidad de la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado de 26 de junio de 1981 (Staatshaftungsgesetz), que había entrado en vigor el 1 de enero de 1982.

El fallo de la sentencia dice así:

«La Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado de 26 de junio de 1981 es incompatible con el artículo 70 de la Ley Fundamental y, por tanto, nula» (1).

El Tribunal ha declarado pues que la Federación carecía de competencia legislativa para dictar algunos de los preceptos fundamentales de la Ley, lo que produce la nulidad de esos aspectos y, con ello, la nulidad de la Ley entera, dado que los artículos restantes perdían entidad y sentido si se anulaban tales preceptos básicos.

Aunque la sentencia fundamenta la nulidad de la ley en razones de orden competencial (infracción del artículo 70 de la Constitución), es obvio que su declaración plantea cuestiones dogmáticas que afectan a la naturaleza misma de la responsabilidad patrimonial del Estado en la medida en que la decisión del Tribunal se fundamenta precisamente en una declaración sobre la naturaleza pública, no privada, de esa responsabilidad.

(*) El texto íntegro de la sentencia ha sido publicado en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, año 9, cuaderno 17, de 27 de octubre de 1982, pp. 389 y ss.

(1) El artículo 70 de la Ley Fundamental dice:

«1. Los *Länder* tienen competencia legislativa en tanto que la presente Ley Fundamental no la confiera a la Federación.

2. La delimitación de competencias entre la Federación y los *Länder* se rige por las disposiciones de la presente Ley Fundamental relativas a la legislación exclusiva y concurrente.»

II

La Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado de 26 de junio de 1981 se promulgó después de un largo proceso de elaboración. La doctrina venía pidiendo desde hacía tiempo una reforma del derecho de responsabilidad del Estado que unificase la dispersión normativa existente. Parte de los autores pedían, además, la instauración de un sistema de responsabilidad objetiva. El resultado de todo ello fue una ley que no satisfizo a casi nadie. Las críticas y las dudas sobre su constitucionalidad acompañaron el proceso de su elaboración y se acentuaron ante el resultado final (2). Para el lector español, el texto de la ley alemana es algo complejo y quizá confuso. Ahora el Tribunal Constitucional ha declarado su nulidad, aunque las razones invocadas tampoco parecen muy convincentes. Antes de examinarlas veamos el proceso de elaboración de esa ley y sus líneas directrices (*).

1. En el Derecho alemán, la responsabilidad patrimonial de la Administración comenzó formulándose como una responsabilidad indirecta, consecuencia de actos ilícitos de los funcionarios, y situada en el Código civil.

El artículo 839 del Código civil de 1896 decía así:

839. «Si un funcionario infringe dolosa o culposamente el deber profesional que le incumbe frente a un tercero, ha de indemnizar a dicho tercero el daño causado por esto. Si al funcionario sólo le es imputable culpa—y no dolo—sólo cabe dirigirse contra él si el lesionado no puede obtener indemnización de otra forma.

Si un funcionario infringe su deber profesional al dictar sentencia en un pleito, sólo es responsable del daño causado por esto, si la infracción del deber está sancionada con una pena pública a imponer por vía del proceso penal judicial. A una negativa contraria al deber o a

(2) Los estudios y comentarios sobre esta Ley, pese al escaso tiempo transcurrido desde su publicación, han sido muy abundantes. Entre los comentarios generales destacan: BENDER, Bernd: *Staatshaftungsrecht*, CF. Müller, Karlsruhe, 1982; JACOBS, R.: *Staatshaftungsrecht*, Beck, Munich, 1982; BONK, Heinz Joachim: *Staatshaftungsgesetz*, CH Becksche Verlag, München, 1982; SCHMIDT-BLEIBTREU, B.: *Staatshaftungsgesetz*, Luchterhand, Neuwied, 1982. Entre los comentarios monográficos cabe señalar los de BADURA, Peter: *Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Staatshaftungsgesetz*, NJW (25), 1981; HIRSCH, Günter: *Das neue Staatshaftungsrecht*, Bayerische Verwaltungsblätter (24), 1981; PAPIER, Hans Jürgen: *Das neue Staatshaftungsrecht*, MJW (43), 1981; RÜFNER, Wolfgang: *Zum neuen Staatshaftungsgesetz*, AÖR (106), 1981; RUPP, Hans Heinrich: *Reform der Staatshaftung trotz teilnichtigkeit des Staatshaftungsgesetzes?*, AJW (32), 1982; SCHÄFER, Alfred: *Das neue Staatshaftungsgesetz (Reform oder Scheinreform?)*, DB (30), 1981, y SCHÄFER, Alfred: *Die Bedeutung der neuen Staatshaftung für die Praxis*, DÖV (1), 1982.

(*) Estando en prensa esta nota, se ha publicado el estudio de Antonio EMBID IRUJO: *La codificación de la responsabilidad patrimonial del Estado. El ejemplo de la ley alemana de 26 de junio de 1981*, en «REDA» (34), 1982, donde se advierten ya los problemas de orden competencial que la aprobación de esta ley plantea (v. pp. 366 y ss.).

una tardanza en el ejercicio de la función no se aplica esta disposición.

La obligación de indemnización no tiene lugar si el dañado ha omitido dolosa o culposamente el evitar el daño mediante uso de un recurso» (3).

La Constitución de Weimar incorporó a su texto el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración en estos términos:

Artículo 131. «Si en el ejercicio de la potestad pública a él confiada, el funcionario infringe los deberes que el cargo le impone frente a tercero, la responsabilidad alcanza por principio al Estado o a la Corporación a cuyo servicio se hallare el funcionario. Se mantiene la acción de regreso contra el funcionario. No se puede excluir la vía del recurso ordinario. La regulación más detallada corresponde al legislador competente.»

La Ley Fundamental de Bonn reprodujo este precepto introduciendo algunos retoques, entre otros la sustitución de la expresión «funcionario» (*Beamter*) por la de «alguien» (*jemand*), con lo que se amplió el ámbito de la responsabilidad, y la sustitución de la expresión «ejercicio del poder público» (*öffentlicher Gewalt*) por la de «ejercicio de una función pública» (*öffentlicher Amt*):

Artículo 34. «Cuando alguien, en ejercicio de una función pública que le fuera confiada, violare los deberes que la función le imponga con respecto a un tercero, la responsabilidad recae, en principio, sobre el Estado o el órgano a cuyo servicio se encuentre. En caso de dolo o negligencia grave queda reservada la acción de regreso. Para la reclamación de daños y perjuicios, así como para la acción de regreso, no podrá excluirse la vía judicial ordinaria.»

Estos preceptos no han hecho otra cosa que trasladar el deber de reparación desde el funcionario a la Administración, pero no cambiaron el fundamento de la responsabilidad, que sigue siendo el principio básico de la culpabilidad.

De modo que, como destacó en su día la doctrina y ahora ha recordado esta sentencia del Tribunal Constitucional, la norma básica continuaba siendo el artículo 839 del Código civil, mientras que el artículo 34 de la Ley Fundamental lo que hizo fue trasladar el centro de imputación. En tal sentido la primera directriz de esta sentencia

(3) Traducción de Carlos MELON INFANTE, publicada en *Apéndice al Tratado de Derecho civil*, de Ennecerus-K.pp.-Wolff, Barcelona, 1955.

dice: «El artículo 34 de la Ley Fundamental transfiere al Estado la responsabilidad personal de los funcionarios basada en el artículo 839 del Código civil; el artículo 839 del Código civil es la norma que establece la responsabilidad, mientras que el artículo 34 de la Ley Fundamental es la norma que ha desplazado el órgano al que se imputa la responsabilidad» (4).

Pero, como han explicado GARCÍA DE ENTERRÍA y Jesús LEGUINA (5), junto a esta cobertura del daño ilícito aparecieron impulsadas por la doctrina y la jurisprudencia las llamadas *indemnizaciones de derecho público* («öffentlich-rechtliche Entschädigungen») procedentes de intervenciones conforme a derecho («rechtmässige Engriffe») y fundadas en la idea del sacrificio especial (6), así como una serie de supuestos de responsabilidad por aplicación de la *doctrina del riesgo* y de las *intervenciones antijurídicas sin culpa*.

Esta situación tan compleja exigía una reforma que sistematizara el conjunto de reglas jurisprudenciales y legales aplicables a la materia. Sobre esto existía unanimidad en la doctrina. Los proyectos de reforma se iniciaron, según la exposición de Günter Hirsch (7), en las reuniones de la 41 y 47 «Deutschen Juristentag», celebradas en 1955 y en 1968. En esta última reunión se llegó a la conclusión de que la nueva Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado exigía una previa reforma constitucional, consistente en la modificación del artículo 34 de la Ley Fundamental.

En el año 1970, y como consecuencia de las propuestas del Congreso de juristas de 1968 («Juristentag»), el Gobierno Federal nombró una Comisión independiente a la que confió la tarea de preparar una nueva regulación de la responsabilidad del Estado y del derecho de daños en caso de tumulto («eine unfassende gesetzliche Neuregelung des Staatshaftungs und des Tumultschadenrechts vorzubereiten»). En octubre de 1973 la Comisión entregó un proyecto de modificación de la Constitución (principalmente del artículo 34, pero también de otros preceptos, entre ellos el artículo 74.1, que regula la competencia legislativa de la Federación) y un proyecto de Ley de Responsabilidad Patrimonial. Este proyecto suponía una clara superación del principio de culpabilidad. Pero en la tramitación subsiguiente ambos proyectos sufrieron importantes modificaciones, de modo que cuando en mayo de 1978 el Gobierno los presentó ante el Parlamento (proyecto de mo-

(4) La primera directriz de la sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de octubre de 1982 dice así:

«1. Art. 34 GG leitet die durch § 839 BGB begründete persönliche Haftung des Beamten auf den Staat über: § 839 BGB ist die haftungsbegründende Vorschrift, während art. 34 GG die haftungsverlagernde Norm darstellt.»

(5) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Curso de Derecho administrativo*, tomo II, Madrid, 1981, pp. 326 y ss.; LEGUINA, Jesús: *El fundamento de la responsabilidad de la Administración*, «REDA» (23), 1979.

(6) NIETO, Alejandro: *Evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa*, núm. 38 de esta REVISTA, 1962.

(7) HIRSCH, Günter: *Das neue Staatshaftungsrecht*, BayVB1 (24), 1981, p. 733, y RÜFNER, Wolfgang: *Zum neuen Staatshaftungsgesetz*, «AÖR» (106), 1981.

dificación de la Ley Fundamental BT-Drucks 8/2080 y proyecto de Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado BT-Drucks 8/2079) el tema de la culpabilidad había sufrido considerables recortes (8).

Durante la tramitación parlamentaria de los proyectos se dejó a un lado el tema de la responsabilidad en caso de tumulto y se abandonó la modificación proyectada de la Ley Fundamental ante la dificultad de obtener la mayoría necesaria (dos tercios de miembros del *Bundestag* y dos tercios de votos del *Bundestag* —artículo 79 GG—). A pesar de ello al término de la octava legislatura el proyecto aún no había concluido su tramitación, por lo que después de las elecciones fue replanteado por los grupos parlamentarios del SPD y el FDP con pequeñas diferencias (BT-Drucks 9/25). La ley fue aprobada por el *Bundestag* el 12 de febrero de 1981. En cambio, el *Bundesrat* decidió rechazar su aprobación (12 de marzo de 1981), en base a que, en su opinión, la Federación carecía de competencia para regular esta materia. Una propuesta del Land de Hessen para convocar la «Comisión mixta» con objeto de modificar la Constitución y crear la competencia correspondiente no tuvo éxito. El presidente federal, aun expresando sus dudas sobre la constitucionalidad de la norma, la ratificó. (La opinión del presidente federal se expresó en escrito dirigido al presidente del *Bundesrat*, en el que éste decía que tenía «importantes dudas sobre la competencia de la Federación para dictar esta ley» y que, en todo caso, la ley requería la aprobación del *Bundesrat*; el contenido de este escrito se recoge en la sentencia que comentamos del Tribunal Constitucional.)

2. La Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado de fecha 26 de junio de 1981 («*Staatshaftungsgesetz*», BGBl I, pp. 553 y ss. —en adelante, citada por la sigla StHG—) entró en vigor el día 1 de enero de 1982, siendo aplicable sólo a los supuestos de hecho producidos después de esa fecha (art. 36).

El contenido de la ley respondía a las siguientes directrices generales (9):

(8) Antes de que esta Ley se aprobara, se celebró en Madrid el IX Coloquio de Derecho Europeo, bajo los auspicios del Consejo de Europa (Facultad de Derecho, octubre de 1979), dedicado al estudio de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En él, el profesor Bernd BENDER expuso el estado en que se encontraba en aquel momento la reforma del derecho de responsabilidad patrimonial de la Administración en Alemania, y el profesor Jesús LEGUINA ofreció una síntesis muy clara de la situación en los derechos inglés, suizo y alemán, así como un análisis del fundamento de la responsabilidad en el Derecho español. La intervención de Jesús LEGUINA en este coloquio se ha publicado después con el título *El fundamento de la responsabilidad de la Administración*, «*REDA*», (23), 1979.

(9) SCHÄFER, Alfred: *Das neue Staatshaftungsgesetz*, «*BD*» (30), 1981, y del mismo autor: *Die Bedeutung der neuen Staatshaftung für die Praxis*, «*DÖV*», 1982; HIRSCH, Günter: *Das neue Staatshaftungsrecht*, «*Bay V. Bl*» (24), 1981; RÜFNER, Wolfgang: *Zum neuen Staatshaftungsgesetz*, «*AÖR*» (106), 1981.

A) La responsabilidad patrimonial del Estado tiene lugar cuando se produce el siguiente *supuesto de hecho*:

«Art. 1. *Responsabilidad del poder público.*

1) Si el poder público infringe un deber de Derecho público que le obliga frente a otro, responderá su titular por los daños causados de acuerdo con lo dispuesto en esta ley.

2) Se considera que se ha cometido una infracción de un deber de esta clase cuando el mal funcionamiento procede de una organización técnica cuyo titular ejerce un poder público mediante esta organización, en lugar de hacerlo mediante las personas interpuestas, y el mal funcionamiento tendría el carácter de una infracción del deber de estas personas.

3) Las personas que cometan la infracción de un deber de esta clase no responderán frente al perjudicado.»

Por tanto, el daño debe proceder de una infracción que el *poder público* causa a un *deber de derecho público*.

a) Por *poder público* (*öffentliche Gewalt*) se entiende «poder estatal» (*Staatsgewalt*) en el sentido del artículo 20.2 de la Ley Fundamental («todo poder público procede del pueblo y se ejercita por el pueblo en las elecciones y referéndums, y mediante los órganos legislativo, ejecutivo y judicial») (10). Sin embargo, la Ley de Responsabilidad Patrimonial establecía ciertas limitaciones para el poder judicial y para el poder legislativo, a las que luego nos referiremos.

Tal responsabilidad tenía el carácter de *inmediata* (*unmittelbare Staatshaftung*), esto es, de responsabilidad originaria nacida del ejercicio propio y contrario a derecho del poder público, y de *primaria* (*primäre Staatshaftung*); por tanto, no subsidiaria, como establecía el Código civil (v. art. 839 BGB más arriba transcrito), sin perjuicio de que se mantuviese la posibilidad de una acción de regreso contra el funcionario causante del daño (*Regresshaftung*, artículo 27 de la StHG, que modificaba los artículos correspondientes de la Ley Marco del Funcionariado, texto de 1977).

— La responsabilidad del *poder judicial* (ya prevista en el art. 839.3 del BGB —v. texto más arriba—) para el caso de que el juez cometiera un delito se incorporaba ahora al artículo 5.1 de la StHG con este texto:

(10) El artículo 20.2 de la GG dice: «Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volk in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der Vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.»

«1. Si consistiere la infracción del deber en una decisión antijurídica del poder judicial que debe terminar en un procedimiento judicial con fuerza vinculante o en una medida judicial en base a la cual deben obtenerse los fundamentos de una decisión, tendría lugar la responsabilidad, según esta ley, sólo cuando la infracción del deber sea un hecho punible y la decisión sea anulada firmemente. Esto no regirá cuando un tercero —al que no le afecte el efecto vinculante de la decisión— sea perjudicado por la infracción del deber. En tal supuesto se aplica la responsabilidad prevista en esta ley, sin modificación.»

Mientras que —dice Wolfgang RÜFNER (11) el artículo 839.2 BGB establecía un «privilegio del pronunciamiento del juez» (*Spruchrichterprivileg*) que le protegía de una responsabilidad personal y con ello garantizaba su independencia, en cambio el artículo 5 de la StHG tenía por finalidad exclusiva la «paz jurídica» (*Schutz des Rechtsfriedens*).

— La responsabilidad del *poder legislativo* no estaba regulada en la StHG. El artículo 5.2 de la ley se remitía a lo que pudiera establecer una futura ley. Este precepto se refiere sólo a los actos legislativos del Parlamento (*Akte der Parlamentsgesetzgebung*); por tanto, sólo a la legislación en sentido formal. En cambio, los actos judiciales y los actos de ejecución de la ley (los reglamentos) podían dar lugar a la exigencia de una responsabilidad. El artículo 5.2 de la StHG decía que «no queda afectada por lo dispuesto en el párrafo anterior —esto es, por la remisión a lo que disponga una futura ley— la responsabilidad por las lesiones de un deber procedentes del poder ejecutivo o judicial que descansan exclusivamente en la conducta del legislador». Esto implica, según RÜFNER (ob. cit., p. 271), lo siguiente: a) En el caso de que el daño se produzca por actos de aplicación de una norma legal realizados por el poder público (*Beruhensfällen*), según la terminología usada frecuentemente), el titular del poder que ha de responder frente al ciudadano puede ejercitar una acción de regreso contra quien ha establecido esa norma; b) en el caso de leyes que causan inmediatamente daños a los ciudadanos sólo puede plantearse una reclamación fundada en consideraciones de orden constitucional, pero no, en cambio, en el efecto expropiatorio de la norma. Esto último dejaba planteado, una vez más, el viejo problema de la distinción entre expropiaciones legítimas e ilegítimas.

— La responsabilidad del *poder ejecutivo* se regulaba por la StHG de modo general, pero manteniendo en vigor toda una serie de regulaciones especiales (art. 16, derecho de correos, de funcionarios, militar de coacción inmediata —policía—, tributario, etc.).

(11) RÜFNER, Wolfgang: *Zum neuen Staatshaftungsgesetz*, «AÖR» (106), 1981, página 569.

b) La infracción de un deber de derecho público (*Verletzung einer Pflicht des öffentlichen Rechts*) constituye —dice SCHÄFER (12)— el elemento central del supuesto de hecho de la nueva responsabilidad y ha venido a sustituir a la antigua infracción del deber de un cargo público (*Verletzung einer Amtspflicht*). «Este nuevo fundamento dogmático de la responsabilidad inmediata del Estado —continúa SCHÄFER— no sólo introduce la responsabilidad inmediata del Estado, hace tiempo pedida por la doctrina, sino que permite— lo que constituye su consecuencia práctica más importante— la unificación de los diversos institutos de la responsabilidad patrimonial del Estado hasta ahora vigentes, como eran la “responsabilidad del cargo”, las “intervenciones semejantes a expropiaciones” y las “intervenciones que implican un sacrificio especial”.» Al deber jurídico público que el Estado tiene de actuar de un determinado modo corresponden posiciones jurídicas de los ciudadanos (derechos públicos subjetivos). El ciudadano tiene el derecho a que el Estado se comporte con él de acuerdo con el ordenamiento jurídico público. Si el Estado atenta contra el ordenamiento que él mismo ha establecido comete no sólo la infracción de un deber, sino una lesión del derecho de los ciudadanos en el sentido de lo dispuesto en el artículo 19.4 de la Ley Fundamental (13).

En la hipótesis de que el daño provenga de actuaciones en el tráfico jurídico privado, rige el derecho privado (art. 17).

El daño resarcible era aquel que pudieran sufrir personas físicas o jurídicas alemanas. En cuanto a los extranjeros, la StHG introducía algunas modificaciones frente a la doctrina jurisprudencial anterior. Esta doctrina, apartándose del tenor literal del artículo 34 de la Ley Fundamental, que no establece ninguna discriminación entre nacionales y extranjeros (v. texto del artículo 34 GG citado más arriba), exigía el cumplimiento del principio de reciprocidad. La StHG, en su artículo 35, rectificaba esta doctrina, estableciendo que a todos los extranjeros que tengan su domicilio o residencia permanente (*Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt*) se les reconoce el derecho a exigir la responsabilidad patrimonial del Estado, mientras que en relación a aquellos que no la tengan cabe la posibilidad de que la Federación dicte un reglamento imponiendo el trato de reciprocidad.

El plazo de caducidad de las pretensiones era de tres años a partir del momento en que el perjudicado tuviere conocimiento de los daños, pero sin tener en cuenta el conocimiento de los daños producidos treinta años después de la infracción del deber (art. 13).

B) La StHG suprimía, con ciertas matizaciones, el requisito de la existencia de *culpa* para poder exigir este tipo de responsabilidad. La responsabilidad surgía, según esta ley, con independencia de que exis-

(12) SCHÄFER, Alfred: *Die bedeutung der neuen Staatshaftung für die Praxis*, «DÖV», 1982, p. 13.

(13) Artículo 19.4 GG: «Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen.»

tiera culpa por parte del causante del daño (*verschuldensunabhängigkeit*, Alfred SCHÄFER, ob. cit., p. 1503). Esto no suponía, sin embargo, una novedad radical frente a la situación anterior, dado que la jurisprudencia había ido limando la exigencia absoluta de culpa por parte del responsable (SCHÄFER, *Die Bedeutung...*, ob. cit., p. 14).

La eliminación del principio de culpabilidad tenía, sin embargo, algunas limitaciones: «No procederá la reparación dineraria —dice el artículo 2— cuando la infracción del deber no hubiera podido ser evitada realizando el ejercicio del poder público con el cuidado requerido por las circunstancias» (14), lo cual implicaba, claro es, la inversión de la carga de la prueba (*Umkehr der Beweislast*). Según la ley, era el titular del poder público el que tendría que demostrar que «la infracción de ese deber era inevitable».

Pero a su vez, la anterior limitación de la responsabilidad tenía una excepción importante establecida en su artículo 2.2: «Si la infracción del deber consiste en una inmisión antijurídica en un derecho fundamental, entonces también se repararán los daños, aun cuando la acción se haya realizado con el cuidado requerido según el párrafo primero.»

En el caso de inmisiones antijurídicas en un derecho fundamental (*rechtswidrigen Grundrechtseingriffen*) la responsabilidad era claramente objetiva. En los demás casos cabía la prueba de que el cuidado requerido según las circunstancias no hubiera evitado el daño. Ahora bien, la distinción entre ambos supuestos obligaba a precisar qué es lo que se entendía por inmisión en un derecho fundamental (*Eingriff in das Grundrecht*), cuestión no siempre fácil de resolver. La doctrina ha señalado que esa inmisión debía ser inmediata, directa, sin que fuera suficiente un ataque mediato a través de la interpretación o aplicación injusta del derecho ordinario. Pero el mayor problema consistía en que en los supuestos de exigencia de responsabilidad suele estar implicada casi siempre la lesión de un derecho fundamental, por ejemplo, la libertad de actuar (art. 3.1 GG), el principio de igualdad (art. 3.1 GG), la libertad profesional (art. 12.1 GG), el derecho de propiedad (art. 14) (Hirsch, ob. cit. p. 740). De modo que de haber continuado en vigor esta ley, a la jurisprudencia hubiera correspondido aclarar el alcance del principio.

C) El contenido de la indemnización estaba determinado por el principio de la reparación total, esto es, la reparación tanto de daños patrimoniales como no patrimoniales (art. 7, *Nichtvermögensschaden*, tales como las lesiones graves de la personalidad), así como también la reparación del lucro cesante (art. 2.3, *entgangenen Gewinn*).

En el caso de que concurriese culpa por parte del dañado (*Mitverantwortung des Geschädigten*), el artículo 2.4 establecía que la obligación

(14) Artículo 2.1: «Der Geldersatz entfällt wenn die Pflichtverletzung auch bei Beachtung der bei der Ausübung öffentlicher Gewalt den Umständen nach gebotenen Sorgfalt nicht hätte vermieden werden können.»

de reparación en dinero se graduaría proporcionalmente a la medida en que hubiesen participado el poder público y el perjudicado en la producción del resultado. Será aplicable aquí, concluía este precepto, lo dispuesto en el artículo 254 del Código civil (principio de buena fe).

Aunque como regla general se establecía el principio de reparación en dinero (art. 1, *Der Träger hat den Schaden in Geld zu ersetzen*), estaba prevista también la llamada «eliminación de las consecuencias dañosas» (art. 3.º, *Folgebeseitigung*), que consistía en volver las cosas a su estado originario. El artículo 3.º decía:

«Si los daños consistieren en el cambio de una situación de hecho en perjuicio del dañado, el causante del daño deberá eliminar esta consecuencia dañosa creando la situación anterior o, si esto no fuera adecuado, creando una situación equivalente. Lo mismo regirá cuando una situación creada por el poder público resulte después contraria a derecho y no quede eliminada por la aplicación de otros preceptos jurídicos. Esta «eliminación de consecuencias» no procederá cuando la reposición de la situación anterior no sea posible, lícita o razonable. No procederá tampoco cuando la situación existente corresponda a un acto administrativo o a otra decisión que sea irrecurrible para el perjudicado.»

Estos son los principios estructurales de la Ley de Responsabilidad Patrimonial. Veamos ahora los motivos que han determinado la declaración de su nulidad por el Tribunal Constitucional.

III

1. Los Gobiernos de Baden-Württemberg, Bayern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz y Schleswig-Holstein plantearon el 28 de noviembre de 1981 una *demanda de inconstitucionalidad* por la vía del control abstracto de las normas. El fundamento de la demanda era el siguiente: A) La Federación no tiene competencia legislativa para dictar esta ley. a) La Federación ha basado injustificadamente su competencia para dictar esta ley en la competencia del recurrente que tiene atribuida en materia de Derecho civil (art. 74.1 de la Ley Fundamental), pero el contenido normativo de la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado no es de naturaleza jurídica privada, sino jurídica pública; ni actualmente ni históricamente la responsabilidad patrimonial del Estado puede incardinarse en el ámbito propio del Derecho civil. b) Ningún otro precepto de la Ley Fundamental atribuye competencia legislativa a la Federación para dictar una norma de esta naturaleza. B) Además, la ley es nula porque no se ha sometido a la aprobación del *Bundesrat*. Según los recurrentes, algunos de los

preceptos de esta ley exigían la aprobación de esa Cámara. Tales preceptos eran: a) El artículo 11 (acción de regreso) y el artículo 10.3 (concurso de deudores), preceptos que pueden hacerse valer tanto frente a la Federación como frente a los *Länder*, afectan a la economía de éstos y debían haber sido aprobados, por ello, por el *Bundesrat* (art. 104.a) 5 de la Ley Fundamental]. b) El artículo 3 (eliminación de las consecuencias dañosas) entraña la regulación de un procedimiento administrativo que afecta a los *Länder* y que, por ello, requiere también la conformidad del *Bundesrat* (art. 84.1 de la Ley Fundamental).

Admitida a trámite la demanda, el Tribunal dio audiencia a los órganos afectados para que manifestaran su posición: A) El *Bundesrat* mantuvo, coincidiendo con los recurrentes, la necesidad de que la ley hubiera sido aprobada por esa Cámara. B) El *Bundestag* y el ministro federal de Justicia, por el contrario, defendieron la constitucionalidad de la ley, alegando: a) Que la competencia legislativa de la Federación en materia de Derecho civil (*bürgerliches Recht*, art. 74.1 de la Ley Fundamental) comprende la facultad de regular la responsabilidad patrimonial del Estado. En apoyo de esta tesis aportaron una extensa exposición histórica sobre el concepto de responsabilidad en el Derecho civil alemán y un análisis del Estado actual de la doctrina; b) que no era necesaria la aprobación del *Bundesrat* porque ni los artículos 10.3 (concurso de deudores) y 11 (acción de regreso) afectaban a la «constitución financiera» de los *Länder* (*Finanzverfassung*), ni tampoco el artículo 3.º (eliminación de las consecuencias dañosas) implicaban la regulación de un procedimiento administrativo que afectara a los *Länder*.

2. El Tribunal Constitucional admitió a trámite la demanda y, entrando en el fondo del asunto, declaró la nulidad de la ley. Su argumentación fue, de modo resumido, la siguiente:

A) El artículo 34 de la Ley Fundamental transfiere al Estado la responsabilidad personal de los funcionarios, basada en el artículo 839 del Código civil. El artículo 839 del Código civil es la norma que establece la responsabilidad, mientras que el artículo 34 de la Ley Fundamental es la norma que ha «desplazado el órgano» al que se imputa la responsabilidad (15).

B) De la Ley Fundamental no se deriva la disolución de la responsabilidad del funcionario en una responsabilidad inmediata del Estado. Pero, de otra parte, el artículo 34 de la Ley Fundamental no se opone a la introducción de una responsabilidad estatal directa. El precepto sólo contiene una «garantía mínima» que el legislador ordinario no puede reducir ni tampoco aumentar.

(15) Los textos de los artículos 34 de la Ley Fundamental y 839 del Código civil han sido reproducidos más arriba en este comentario.

C) El artículo 34 de la Ley Fundamental no ha «solidificado» la responsabilidad mediata del Estado en un principio sin lagunas, sino que ha dejado espacio suficiente para que se dicten regulaciones que puedan modificar la amplitud de la responsabilidad pública.

D) La ley impugnada regula una materia sobre la cual la Federación no tiene la competencia legislativa necesaria. Esto conduce a la declaración de nulidad de esta ley. Según el artículo 70, párrafo 1, de la Ley Fundamental, los Länder tienen el derecho de legislar en aquellas materias que la Ley Fundamental no haya atribuido directamente a la competencia legislativa de la Federación (16). Las competencias legislativas de la Federación están enumeradas excluyentemente en la Ley Fundamental. La sistemática de la Ley Fundamental exige una interpretación estricta de los artículos 73 y siguientes de la misma (17).

E) El artículo 34 de la Ley Fundamental no atribuye competencia legislativa ni a la Federación ni a los Länder.

F) a) De la competencia concurrente que la Federación tiene en materia de Derecho civil (art. 74.1 de la Ley Fundamental) (18) no se deriva una competencia legislativa para dictar la Ley de Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado o de otras Corporaciones de Derecho público por daños causados ilícitamente no puede ser conceptualizada —según el sentido que hoy tiene ni tampoco según la tradición— como una materia propia del Derecho civil.

b) La Federación no puede apoyarse en ningún otro precepto de la Ley Fundamental para regular con carácter general el derecho de la responsabilidad pública (*Staatshaftungsrecht*).

(16) El artículo 70 de la Ley Fundamental dice: «1) Los Länder tienen competencia legislativa en cuanto la presente Ley Fundamental no la confiera a la Federación. 2) La delimitación de competencias entre la Federación y los Länder se rige por las disposiciones de la presente Ley Fundamental relativas a la legislación exclusiva y concurrente.» [«Art. 70 (Gesetzgebung des Bundes und der Länder). 1) Die Länder haben das Recht der Gesetzgebung, soweit dieses Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. 2) Die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Bund und Ländern bemisst sich nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes über die ausschliessliche und die konkurrierende Gesetzgebung.»]

(17) El artículo 73 de la Ley Fundamental enumera la lista de materias sobre las cuales la Federación tiene competencia exclusiva, y el artículo 74 establece las materias objeto de legislación concurrente. Sobre esta materia concurrente, el artículo 72 de la Ley Fundamental establece: «1. En el plano de la legislación concurrente, los Länder tienen la facultad de legislar en tanto y en cuanto la Federación no haga uso de su facultad legislativa. 2. En este plano, la Federación tiene la facultad de legislar cuando exista la necesidad de reglamentación por ley federal en los siguientes casos: 1) cuando un asunto no pudiere ser regulado satisfactoriamente por la legislación de los Länder; 2) cuando la regulación de un asunto por ley de Land pudiere afectar los intereses de otros Länder y los intereses generales; 3) cuando lo requiera el mantenimiento de condiciones de vida uniformes más allá del territorio de un Land.»

(18) En el artículo 74.1 se incluye, entre las materias de legislación concurrente, «el Derecho civil» («das bürgerliche Recht»).

G) La competencia de los *Länder* para regular la responsabilidad patrimonial del Estado no entraña una «doble competencia» en el ámbito de la responsabilidad del Estado, en base a la cual la Federación y los *Länder* pudieran regular la misma materia de diferente manera. Una «doble competencia» tal sería extraña al sistema de normas competenciales de la Constitución e inconciliable con su función delimitadora (art. 70.2 de la Ley Fundamental).

H) Los artículos 30 y 70.1 de la Ley Fundamental trazan estrictos límites a la potestad configuradora de la Federación, impidiendo que ésta invada el ámbito propio de los *Länder*.

I) El respeto del derecho de los *Länder* exigible constitucionalmente a la Federación impide a ésta, en todo caso, regular con carácter general «la» responsabilidad patrimonial pública al hilo de lo dispuesto en el artículo 839 del Código civil en relación con el artículo 34 de la Ley Fundamental.

J) El hecho de que la plena regulación por la Federación de la responsabilidad patrimonial del Estado sea inconciliable con la Ley Fundamental conduce a la declaración de nulidad de la Ley en su totalidad. No es posible hacer una división horizontal ni vertical del objeto principal de la Ley para distinguir partes ajustadas al orden de competencias y partes no ajustadas a este orden. El conjunto de las reglas contenidas en la ley se encuentran en una indisoluble relación con la norma central y carecen, aisladamente, de justificación.

La nulidad de los elementos centrales de esta ley entraña la nulidad de la ley en su totalidad. Los restantes preceptos de la ley son parte de una regulación global que perdería su sentido y justificación eliminando los preceptos inconstitucionales.

Finalmente, el Tribunal declara que no es necesario entrar a analizar la necesidad de una aprobación por el *Bundesrat* al haber sido declarada la ley nula por los motivos de fondo antes expuestos (19).

Fernando SAINZ MORENO

(19) No hace falta aclarar que en el Derecho español la cuestión se plantea en términos muy distintos. El artículo 149.1.18 de la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva para establecer «el sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas».

DOCUMENTOS Y DICTAMENES

