

---

# Confianza legítima y seguridad jurídica: la perspectiva comparada

---

LEGITIMATE TRUST AND LEGAL SECURITY: THE COMPARATIVE PERSPECTIVE

**Giuseppe Franco Ferrari<sup>1</sup>**

Profesor Emérito de Derecho Constitucional de la  
Universidad Bocconi de Milán. Italia  
ferrari.giuseppe@unibocconi.it

**Resumen:** La confianza legítima es un principio que se ha incorporado, de forma vertical u horizontal, en diferentes ordenamientos jurídicos, muchas veces con bases jurídicas diferentes, partiendo del derecho privado para aterrizar en el derecho público. Sin embargo, fue el constitucionalismo multinivel el que contribuyó para situar la figura en estudio en el centro de las construcciones doctrinales y jurisprudenciales. Especialmente, en los ordenamientos de derecho administrativo, su evolución en el derecho público se produce esencialmente a través de la actividad de los jueces, sin descartar que, en algunos ordenamientos europeos, los datos constitucionales y legislativos sobre el procedimiento administrativo, han apoyado esa labor jurisprudencial. Pues bien, este trabajo plantea una perspectiva de derecho comparado para analizar y entender el principio de la confianza legítima y la seguridad jurídica en el constitucionalismo de Inglaterra, Estados Unidos, Francia, Bélgica, España y Portugal.

**Abstract:** Legitimate trust is a principle that has been incorporated, vertically or horizontally, in different legal systems, often with different legal bases, starting from private law to reach public law. However, it was multilevel constitutionalism that contributed to placing such figure at the center of doctrinal and jurisprudential constructions. Especially, in administrative law systems, its evolution in public law occurs essentially through the activity of judges, without ruling out that, in some European systems, constitutional and legislative data on the administrative procedure have supported this jurisprudential work. This work proposes a comparative law perspective to analyze and understand the principle of legitimate trust and legal security in the constitutionalism of England, the United States, France, Belgium, Spain and Portugal.

---

1 El presente trabajo ha sido traducido del idioma italiano al castellano por Dña. Teresa González Herrero, profesora de Derecho Romano de la Universidad Villanueva. [teresa.gonzalez@villanueva.edu](mailto:teresa.gonzalez@villanueva.edu)

Palabras claves: confianza legítima, seguridad jurídica, constitucionalismo, constitucionalismo multinivel, derecho comparado.

Keywords: legitimate trust, legal certainty, constitutionalism, multilevel constitutionalism, comparative law.

## I. Confianza legítima y seguridad jurídica en el constitucionalismo contemporáneo

La confianza legítima es un principio (o en algunos ordenamientos jurídicos una verdadera institución) que atravesó acontecimientos fuertemente complejos, circulando vertical y horizontalmente entre ordenamientos jurídicos, como sucede a menudo hibridándose o en todo caso sufriendo transformaciones muy significativas, partiendo además de bases jurídicas diferentes, con efectos de acentuación de la hibridación.

La génesis histórica del concepto, sin embargo, está evidentemente relacionada con el derecho privado. Este hecho es evidente en los sistemas de derecho administrativo<sup>2</sup>, pero es aún más indiscutible en los sistemas de *common law*: en el inglés, donde sin embargo ha logrado consolidarse como pilar del derecho administrativo<sup>3</sup> y en el americano, donde, al menos durante un tiempo no breve, entre las Cortes Warren y Rehnquist, logró presentarse como el elemento básico de una teoría, aunque rudimentaria, de los derechos sociales y su protección a través de las doctrinas del *due process*<sup>4</sup>.

Tradicionalmente, la confianza legítima es presentada, tanto por la mayoría de la doctrina del derecho público como por los filósofos del derecho<sup>5</sup>, como un corolario de la seguridad jurídica. Además, ambos han seguido la parábola evolutiva que lleva, por un lado,

2 V. N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, *Ars interpretandi*, 2015, 51 ss. Una reconstrucción histórica del concepto en clave comparada, pero desde una perspectiva exclusivamente de derecho privado en R. SACCO, «Affidamento», en *Enc. Dir.*, vol. I, 1958, 660 ss.

3 V- la descripción de la transición de un sector a otro de D. BARAK-EREZ, «The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests», *Eur. Publ. L.*, 2005, 583 ss. En la jurisprudencia v. especialmente *R. (Reprotech Ltd.) v. East Sussex County Council* [2003] 1 W.L.R. 348.

4 V. G.F. FERRARI, *Localismo ed eguaglianza nel sistema americano dei servizi sociali*, Padua, 1984, 374 ss.

5 Comenzando con F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milán, 1942, ahora 1968. Pero v. también N. BOBBIO, «La certezza del diritto è un mito?», en *Riv. int. fil. dir.*, 1951, 146 ss.; S. COTTA, «La certezza del diritto. Una questione da chiarire», en *Riv. dir. civ.*, I, 1993, 321 ss.; G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Turín, 2005; L. GIANFORMAGGIO, «Certezza del diritto», en *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Turín, 2008, 31 ss.; S. MANGIONE, *Certezza del diritto e diritto positivo*, Roma, 2021, 1ss. Pero v. también P. GROSSI, «Sulla odierna "incertezza" del diritto», in *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015; L. PEGORARO, «Certezza del diritto e diritto costituzionale. Comparazioni diacroniche e sincroniche sui testi normativi», en *Rev. Adv. Publ. Fed.*, 2018, 29 ss.

del positivismo al pluralismo y, por el otro, del constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial al constitucionalismo multinivel. La interpretación del formalismo, basada en la neutralidad axiológica y tendiente a una racionalidad sistemática derivada a su vez de la codificación positiva de valores de origen iusnaturalista, se apoya sobre un sistema ordenado y cerrado de fuentes y en la primacía de la norma respecto de su aplicación. La seguridad es, por tanto, un dogma, que se realiza mediante la continuidad, garante del desarrollo temporal, asimilado mediante analogía y uso de los principios generales del sistema, y la predictibilidad. Todavía en la primera mitad de los años 1970, Lon Fuller<sup>6</sup> formuló una lista de ocho métodos de aplicación del principio de seguridad, casi como si la *sociological jurisprudence* y el *legal realism* no hubieran abierto una brecha en el muro de seguridades del formalismo<sup>7</sup>, desnudando sus mitos y revelando trasfondos sociológicos, pero teóricamente devastadores.

La llegada del constitucionalismo de los valores y su transformación, hacia el final del milenio, en el modelo denominado 3.0, ponen al revés el enfoque y el significado mismo de los principios de seguridad y confianza. Las constituciones de base axiológica, centrándose en principios que conducen a valores, se interpretan de una manera no formalista, sino a través de procesos de composición y equilibrio que se refieren al derecho vivo (o «diritto vivente», según la fórmula originaria de la doctrina italiana) en el contexto social. Precisamente el paso del mero texto al contexto lleva a superar el esquematismo deductivo formalista, para transitar a criterios flexibles de interpretación, en los que se va diluyendo la seguridad jurídica, junto con sus corolarios. La primacía de la axiología constitucional, que se extiende a todas las ramas del ordenamiento, vacía la seguridad de su contenido de previsibilidad, continuidad y cognoscibilidad referido a las fuentes, para transferirla a la racionalidad y continuidad de las decisiones judiciales. También porque el propio sistema de fuentes, a medida que se va inflando por la producción excesiva especialmente de leyes y reglamentos, se desarticula, está permeado por la *soft law* y se abre a la penetración de normas internacionales y supranacionales, cuya coordinación es a menudo el resultado de mediaciones adicionales y nuevos equilibrios horizontales (entre principios y valores) y verticales (entre tribunales de diferentes niveles). Es la interpretación que da forma a su objeto; del caso identificado por el derecho y aplicado formalmente al caso concreto pasamos a la búsqueda de modelos de justicia sustancial según criterios difíciles de enunciar de forma preventiva. No es casualidad que la razonabilidad se convierta en un parámetro de juicio muy extendido en los más diversos sistemas para sus raíces históricas. La seguridad y sus desarrollos adquieren así un significado y un alcance completamente diferentes: la previsibilidad y la continuidad experimentan una heterogeneidad de fines y se orientan hacia la interpretación judicial, llegando a depender de factores completamente diferentes del pasado del positivismo jurídico y del constitucionalismo liberal. La previsibilidad, en particular, mantiene su carácter no empírico, naturalista o determinista<sup>8</sup> y sigue teniendo que fundamentarse en un criterio o conjunto de criterios normativos. Sin embargo, se pasa de la inferencia sobre la posibilidad de reconducir un hecho concreto hasta el caso normativo abstracto a la previsión

6 L.L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, Conn., 1973.

7 Jerome Frank incluso había teorizado sobre la utilidad de la incertidumbre como factor de innovación: *Law and the Modern Mind*, Nueva York, N.Y., 1949.

8 V. G. PINO, «La certezza del diritto e lo Stato costituzionale», en *Dir. pubbl.*, 2018, 517 ss.

sobre la conducta del juez, aunque manteniendo intacta la función de incentivo para la eficacia del ordenamiento global mediante la formación de expectativas mutuas de comportamiento de los destinatarios de las normas debido a su aplicación.

La conclusión de la doctrina, salvo verificaciones operativas en los diferentes contextos jurídicos, es, tanto por parte de quienes se limitan a describir el cambio como por parte de quienes lo critican<sup>9</sup>, que la seguridad jurídica deja de ser un valor preeminente, o incluso un meta-valor, como no podía dejar de serlo en el Estado liberal caracterizado por la centralidad del derecho, para dar paso al pluralismo de los valores, de la estructura social y política, relativizándose y colocándose en el nivel de otros principios, junto con los cuales es objeto de ponderación en la forma ordinaria. No faltan quienes hablan de la disolución del principio de seguridad o de la sustitución de la cultura de la justificación por la de la seguridad<sup>10</sup>, con la consiguiente afirmación de la búsqueda de la legitimación axiológica de la decisión sobre la norma, según juicios principalmente de razonabilidad y proporcionalidad.

La confianza legítima, a su vez, está estrechamente relacionada con el valor de la seguridad, al que la doctrina a menudo la asocia por conexión axiológica<sup>11</sup> o en forma de *hendiadis*<sup>12</sup> o calificada como su expresión subjetiva en una perspectiva dinámica, así como su forma objetiva, en una perspectiva estática de preservación de las disciplinas existentes, sería representada por la previsibilidad promedio, la estabilidad normativa y la prohibición de retroactividad. Su parábola evolutiva ha sido, por tanto, necesariamente muy similar: la pretensión del ciudadano a la estabilidad del derecho, frente a formas específicas o impropias de retroactividad<sup>13</sup>, debe ahora hacer frente a la transformación del sistema de fuentes del derecho y a la fluidez o más bien la movilidad perpetua de las ponderaciones del nuevo constitucionalismo.

El escenario, en términos de teoría general, es claro en lo que pertenece a sus líneas de tendencia. Sin embargo, el uso jurisprudencial de los conceptos esenciales cambia de

9 Como, por ejemplo, en ambos lados G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Turín, 1996 y G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, 2017.

10 Véase de nuevo allí, n. 7, 541 ss. Niklas Luhmann ya había subrayado la potencial capacidad de composición de la complejidad social a través de la confianza legítima (*Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, Stuttgart, 1973), señalando también el potencial de riesgo implícito en la conexión con el factor tiempo (*Risk. A Sociological Theory*, Berlín, 1993).

11 Así M. LUCIANI, «Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale», en *Rivista AIC*, 2014, 4, 31 ss.

12 P. CARNEVALE, «I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento italiano: Piccolo divertissement su alcune questioni di natura definitoria», en *Studi in onore di Alessandro Pace*, Nápoles, 2012, III, 18 ss. y también P. CARNEVALE, G. PISTORIO, «Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale», en *Costituzionalismo.it*, 2014. Sobre el tema S. MANGIONE, *Certezza del diritto e diritto positivo*, Roma, 2021, 1 ss., pero sigue siendo fundamental el libro de F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milán, 1970, ahora Milán, 2001.

13 Se entiende por propia la retroactividad que incide en las relaciones concluidas y por impropia la que incide en las relaciones en curso.

manera muy significativa en los distintos ordenamientos, e incluso en el viejo continente el efecto homogeneizador del derecho eurounitario no ha producido resultados de permeación definitiva, aunque la circulación vertical sí ha encontrado precisamente en esta materia uno de los campos de aplicación privilegiados. Para una evaluación, aunque sea dinámica y no estabilizada, de la fase evolutiva de estas categorías conceptuales, sería necesario partir de la exploración de su tratamiento en algunos sistemas positivos.

## II. El caso inglés

El sistema inglés presenta elementos de extraordinario interés, aunque solo sea porque sus instituciones tienen su origen en el *common law* —exceptuadas las habituales correcciones legislativas—, en un momento muy anterior a la influencia del derecho comunitario y de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, para verse después afectado por el influjo de ambos factores, que disminuye después tras el Brexit, aunque todavía es difícil evaluar el impacto de este último acontecimiento.

La figura de la *legitimate expectation* surgió hace muy poco tiempo<sup>14</sup> como presupuesto causal de garantías procesales como el derecho a ser oído, que tradicionalmente se reconduce al principio de *natural justice*, históricamente propio del derecho privado y en particular del derecho contractual y posteriormente extendido a la actuación administrativa. La justicia natural se traduce en dos corolarios fundamentales: la imparcialidad (*rule against bias*) y la equidad (*fairness*), de los que la audiencia previa es el principal modo de aplicación. La doctrina de la *legitimate expectation* como posición jurídica subjetiva capaz de desencadenar el derecho a un *fair hearing* no se hizo orgánica hasta los años ochenta, a través de las palabras de Lord Bridge<sup>15</sup> y Lord Diplock<sup>16</sup>. En resumen, la promesa de una conducta o práctica consolidada (*established practice*) por parte del responsable de la decisión genera la confianza legítima cuando el ciudadano se ve privado de una ventaja o beneficio que podía esperar seguir disfrutando hasta la notificación de revocación o retirada. El contenido de la expectativa es exclusivamente procesal y consiste en el derecho a ser oído (*fair hearing*). La casuística anterior a la racionalización de esta fórmula afecta, por ejemplo, al inmigrante antes de la expulsión, a los padres de alumnos antes de la reorganización del sistema escolar, al titular de una licencia o permiso antes de su revocación o caducidad, al funcionario con su característica estabilidad antes de la interrupción o suspensión de la relación, al alumno o profesor antes de la aplicación de una medida disciplinaria, al preso que va a ser sometido antes del endurecimiento del régimen penitenciario<sup>17</sup>. Contrariamente a las teorías anteriores, autorizadas

14 Su primera enunciación se suele atribuir a Lord Denning y sus palabras en *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*, [1969] 2 Ch 149.

15 *Re Westminster CC* [1986] AC 668.

16 *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374.

17 Esta reconstrucción se puede consultar en manuales de los años noventa como, por ejemplo, en W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, Oxford, 7th ed., 1994, 522 ss., 557 ss. o en D. FOULKES, *Administrative Law*, London, 7th ed., 1990, 264 ss. Cfr. ANCHE P. CRAIG, «Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law», 55 *Camb. L.J.* 289 (1996).

pero minoritarias<sup>18</sup>, los vínculos de las *natural justice* también se activan cuando las facultades conferidas a la autoridad administrativa son ampliamente discrecionales o si el legislador ha llevado a cabo una inversión de *policy*<sup>19</sup>. Se prevén excepciones a esta regla en caso de urgencia en interés de la seguridad o la salud públicas<sup>20</sup> o en los casos en que la ley lo prevea expresamente.

Hasta este momento, por tanto, la *legitimate expectation* sólo está protegida de forma procesal. Pero desde el cambio de milenio hay indicios de que también puede manifestarse en términos sustantivos: por ejemplo, si Hacienda lleva veinte años sin impedir la compensación de beneficios con pérdidas incluso cuando estas últimas se hacen evidentes con retraso, no puede desviarse de esta línea sin incurrir en *abuse of power*<sup>21</sup>; el traslado de una paciente a un hospital que se le presenta como «home for life» impide el posterior cierre de la clínica, que ha sido declarado contrario a la *fairness*<sup>22</sup>; un refugiado sin hogar al que se le ha asegurado un alojamiento permanente no puede verse privado de él como consecuencia de un cambio de *policy*<sup>23</sup>. Estos pronunciamientos no son lo suficientemente numerosos y consolidados como para llegar a la conclusión de que se ha abierto la vía a una protección sustancial de las *legitimate expectations*, aunque algunos autores insistan en ello<sup>24</sup>.

Del mismo modo, no puede decirse que esté zanjada la cuestión de la plena aplicación al derecho administrativo de la diada *legitimate expectations/confiance*, bien asentada en el derecho contractual privado<sup>25</sup>: el interés derivado de la confianza se protege mediante el reconocimiento de daños y perjuicios por las acciones emprendidas y los costes incurridos sobre la base del contrato, mientras que la *expectation interest* puede dar lugar a una indemnización por lucro cesante. En la esfera pública, la utilización de las dos categorías con el fin de proteger a la parte privada no está tan claramente separada. A menudo, los dos requisitos previos de legitimación se dan juntos o se utilizan indistintamente<sup>26</sup>. En cualquier caso, la no plena distinción de los casos parece deberse a la prudencia de los jueces del *common law* a la hora de considerar admisible el remedio del *estoppel* en relación a las administraciones públicas, que en cambio es pacíficamente

18 Véase por ejemplo, S.A. DE SMITH, *Judicial Review of Administrative Action*, Cambridge, 3rd ed., 1973.

19 Cfr. W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, cit., 550 ss.

20 Véase por ejemplo, S.H. BAILEY, B.L. JONES, A.R. MOWBRAY, *Cases and Materials on Administrative Law*, London, 2nd ed., 1992, 448 ss.

21 R. v. Inland Revenue Commission ex p. Unilever Plc [1996] S.T.C. 681.

22 R. v. North and East Devon Health Authority, ex p. Coughlan [2000] 2 W.L.R. 262. V. En el mismo sentido, Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs v. R (bancoult) [2007] EWCA Civ 498.

23 R. (on the application of Bibi and Al-Nashed) v. Newham London BC [2002] 1 W.L.R. 237.

24 Cfr., por ejemplo, P. SALES, K. STEYN, «Legitimate Expectations in English Public Law: An Analysis», (2004) *Pub. L.* 564 ss.

25 En este sentido destaca como clásica, haciendo referencia a todos los ordenamientos del *common law*, la obra de L.L. FULLER, E.R. PERDUE, «The Reliance Interest in Contract Damages», 46 *Yale L.J.* 52 ss, 373 ss. (1936/37).

26 Cfr. en el mismo sentido D. BARAK-EREZ, «The Doctrine...», cit., *supra*, n.º 2.

aplicable en los litigios entre particulares o más bien concebido para tales litigios, con el fin de prohibir a un sujeto público el cumplimiento de un deber institucional.

La figura de la *legitimate expectation* también ha tenido un gran éxito en el derecho administrativo de Australia, Nueva Zelanda y Canadá, donde la jurisprudencia ha subrayado su relación con la idea de *natural justice*, aunque limitando su aplicación a la dimensión procesal. En Irlanda, en cambio, ha habido cierta apertura hacia planteamientos más sustantivos, aunque nunca se ha estimado ningún recurso formulado desde esta perspectiva<sup>27</sup>. Por otra parte, la Constitución irlandesa de 1937 (art. 15.5.1) se limita a prohibir la retroactividad de las leyes penales, aunque la jurisprudencia sobre si la prohibición puede extenderse al menos a los casos de penas de distinta naturaleza es dispar<sup>28</sup>.

### III. El ordenamiento estadounidense

En el derecho estadounidense, el lugar dominante en el sistema de fuentes sobre el tema de la confianza legítima lo ocupa la *contracts clause* (art. I, §10, cl. 1), que prohíbe a los Estados, pero no al Gobierno federal, afectar a las obligaciones de negociación: la disposición en cuestión es descrita por Henry S. Maine como «el bastión del individualismo americano contra la impaciencia democrática y las fantasías socialistas»<sup>29</sup>. Esta disposición, tiene sus raíces en la historia de la revolución, cuando muchos estados recurrieron a medidas de emergencia relacionadas con tiempos y formas de pago relacionadas con obligaciones de negociación en curso. La cláusula ha tenido una vida compleja y articulada, que la doctrina suele dividir en fases: la fase de la jurisprudencia con origen en el *Chief Justice Marshall*, que vinculaba la cláusula al concepto de justicia natural<sup>30</sup> equiparando las concesiones y la financiación estatal al contrato entre particulares, pero permitía que los remedios procesales pudieran ser modificados o reducidos<sup>31</sup>; la fase entre la Guerra Civil y la Gran Depresión, en la que la cláusula fue utilizada ocasionalmente pero a menudo sustituida, en defensa de la propiedad y el contrato y con un resultado fatal para la constitucionalidad de las leyes sindicales y locales, por el sustancial *due process* típico de la llamada *Lochner era*<sup>32</sup>; y la resurrección de la cláusula como una suerte de hacha que secciona las medidas legislativas estatales perjudiciales para los inversores privados y los contratistas con las administraciones públicas, empleada por el Tribunal Burger<sup>33</sup> en los años setenta. El método utilizado por el Tribunal Supremo en estos casos suele con-

27 Cfr. con carácter general H. DELANY, *Judicial Review of Administrative Action*, Dublin, 2009, ch. 4.

28 Cfr. J.M. KELLY, *The Irish Constitution*, Dublin, 4th ed., 2003, par. 4.2.91 ss.

29 *Popular Government*, London, 1885,

30 *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. (6 Cranch) 187, 3 L. Ed. 62 (1810).

31 *Sturges v. Crownshield*, 17 U.S. (4 Whea.) 122, 4 L. Ed. 529 (1819). Justice Cardozo sostenía que la distinción fuese en ocasiones poco clara: *W.B. Worthen Co. v. Kavanaugh*, 295 U.S. 56, 60, 79 L. Ed. 1298 (1935).

32 Una excepción a la decena de casos presentados en el texto en este sentido es *Home Building & Loan Association v. Blaisdell*, 290 U.S. 398, 78 L. Ed. 413 (1934).

33 *Come United States Trust Co. V. New Jersey*, 431 U.S. 1, 52 L. Ed.2d 92 (1977) e *Allied Structural Steel Co. v. Spannaus*, 438 U.S. 234, 57 L.Ed.2d 727 (1978).

sistir en un *reasoning* en tres fases: en primer lugar, verificar si la ley impugnada supone un menoscabo sustancial de las obligaciones contractuales, excluyendo normalmente el impacto sobre los *remedies* antes que sobre la sustancia de la relación obligatoria, considerando también el caso en que el Estado se haya reservado desde el principio el derecho de revocación en el texto normativo o en el texto de la disposición concedida; a continuación, comprobar si la medida puede considerarse justificada por un interés público legítimo y significativo; por último, que la técnica utilizada por el legislador estatal no implique un repudio innecesario de las obligaciones contraídas con los particulares<sup>34</sup>.

El uso jurisprudencial predominante en materia de confianza legítima, sin embargo, se refiere a las dos *process clauses* de las Enmiendas Quinta y Decimocuarta, verdaderas cláusulas oraculares, históricamente utilizadas, en sus dos versiones procesal y sustantiva, como instrumentos para la protección de la propiedad y de otras expectativas legitimadoras de los particulares, así como, al menos la segunda, para la selección de los derechos que deben definirse como fundamentales y ser «incorporados», garantizándoles la protección del poder judicial federal incluso frente a invasiones o injerencias de los poderes estatales. Las prohibiciones constitucionales de *ex post facto laws*<sup>35</sup> estatales y federales se han aplicado prevalentemente precisamente mediante el uso de estas cláusulas. Las dos líneas de análisis, la de la *contracts clause* y la del *due process*, son paralelas, pero la primera no se aplica a la legislación federal y, por tanto, ofrece un espectro de aplicación más reducido. En resumen, el Tribunal Supremo sostiene que la deferencia de principio concedida a la legislación nacional en materia de política económica se aplica incluso cuando la misma prevé su propia aplicación retroactiva, siempre que se apoye en un fin legítimo perseguido por medios racionales, cuya razón justificativa recae en el legislador<sup>36</sup>. Un escrito clásico sobre el tema identifica como habitual una prueba de tres partes: la naturaleza del interés público implicado, la medida en que el texto normativo afecta al derecho preexistente y la naturaleza del derecho preexistente<sup>37</sup>. También es habitual distinguir en cuatro categorías las materias sobre las que puede afectar la legislación de retroactividad. La primera es la legislación de emergencia, de guerra o de otro tipo: en estos casos el Tribunal tiende a ser extremadamente tolerante, mostrando la mayor deferencia hacia las iniciativas del Congreso<sup>38</sup>. La segunda, tratada en términos muy similares, es el de las *curative statutes*, que ratifican actuaciones de administraciones anteriores o remedian iniciativas en proceso: en muchos de estos casos la administración ha tenido que adaptarse a pronunciamientos judiciales correctivos o de anulabilidad, y en todo caso la necesidad de «smooth functioning»<sup>39</sup> se considera siempre digna de protección. En materia tributaria, la deferencia se atempera y se sancionan al menos los casos más manifiestos de retroactividad, si bien hay más tolerancia en el caso de afectación sobre los remedios que en el de afectación patrimonial directa<sup>40</sup>. Por último, una relación racional entre la finalidad perseguida y el tenor de la ley no es suficiente en

34 Cfr. por ejemplo, *United States v. Locke*, 471 U.S. 84, 85 L. Ed2d 64 (1985).

35 Art. I, §9, cl. 3 y §10, cl.1.

36 *Pension Benefit Guaranty Corp. v. R.A. Gray and CO.*, 467 U.S. 717, 81 L.Ed2d 601, 611 (1984).

37 C.B. HOCHMAN, 73 Harv. L. Rev. 697 ss. (1960).

38 Cfr., por ejemplo, *Lichter v. United States*, 334 U.S. 742, 92 L.Ed. 1994 (1948).

39 Véase, por ejemplo, *FHA v. The Darlington, Inc.*, 358 U.S. 84, 3 L.Ed.2d 132 (1958).

40 Cfr., entre otros, *Usery v. Turner Elkhorn Mining Co.*, 428 U.S. 16, 49 L.Ed2d 752 (1976).

el caso de que el texto normativo modifique obligaciones contractuales, entendidas en sentido amplio, asumidas por el propio Gobierno: en este caso, se aplica un escrutinio mucho más estricto<sup>41</sup>.

Quedan fuera del ámbito de este análisis las *Ex post facto laws* (Art. I, § 10, cl. 1 y § 9, cl. 3) relativas a leyes penales y las *Bills of attainders* (Art. I, § 10, cl. 1 y § 9, cl. 3), consistentes en leyes excepcionales desfavorables para individuos o grupos, en las que la prohibición es absoluta.

No se puede olvidar entonces que la *due process clause*, en sus dos acepciones, estuvo durante algún tiempo, entre finales de los años sesenta y la primera mitad de los ochenta, a punto de generar verdaderos derechos sociales por la vía jurisprudencial, al margen del texto constitucional. En ese período de tiempo, en efecto, las garantías de información previa o del derecho a ser oído se utilizaron también fuera del ámbito clásico representado por los casos de compresión, por razón de intervenciones públicas legislativas o administrativas, de derechos fundados en la Constitución y en el *common law*, resumidos en la fórmula «Liberty and property», para extenderse a hipótesis de medidas de concesión o autorización, a relaciones de empleo público, a las prestaciones de *welfare*, que venían siendo consideradas como meros *privileges*<sup>42</sup>. Esa jurisprudencia recalificó indirectamente las posiciones jurídicas subjetivas, promoviénolas a un rango superior, casi como antesala de un *welfare* no residual. Además, el Tribunal Burger volvió entonces sobre sus pasos, casi asustado por las perspectivas progresistas que había abierto por esta vía, así como por la paralela de la *equal protection clause* ya generosamente utilizada por el Tribunal Warren.

## IV. El sistema francés

En el ordenamiento jurídico francés, mientras que los contratos de derecho privado de las administraciones públicas, regulados por el código civil, están sujetos al principio de buena fe enunciado en el artículo 1134, los contratos administrativos, definidos como tales por la jurisprudencia o como resultado de disposiciones legales expresas, se rigen con carácter general por el principio de la *exigence de loyauté des relations contractuelles*, que es una versión edulcorada y flexible<sup>43</sup> del mismo (principio de buena fe), aunque la certeza del derecho representa siempre un valor referencial<sup>44</sup>. La variada categoría de contratos administrativos incluye, además de los celebrados entre entidades públicas,

41 Por ejemplo, *National Railroad Passenger Corp. v. Atchison, Topeka & v. Santa Fe Railway Co.*, 470 U.S. 451, 84 L.Ed2d 432 (1985).

42 Se pueden consultar los detalles de este caso en G.F. FERRARI, *Localismo ed eguaglianza*, cit., 379 ss. La dimensión administrativa se puede consultar, entre otros, en B. SCHWARTZ, *Administrative Law*, Boston, 3rd ed., 1991, ch. 5.

43 *Commune de Béziers*, CE, A, 29 déc. 2009, 580.

44 Cfr. A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, Paris, 2005.

excepto que del objeto de estos no se deriven solo obligaciones privadas<sup>45</sup> entre las partes, los que contienen al menos una cláusula que excede significativamente del derecho común<sup>46</sup> y aquellos por los que una entidad pública encomienda a un tercero el cumplimiento de una misión de servicio público<sup>47</sup> o a través de los cuales ejerce una de sus misiones de servicio público<sup>48</sup>.

A pesar de que incluso los contratos administrativos se rigen por normas inspiradas en los principios del derecho civil, como la ejecución de buena fe y la revocación exclusivamente consensual, salvo en los casos previstos por la ley (art. 1134 del código civil), o el contenido imperativo según la equidad y los usos (art. 1135), las excepciones son muy amplias y el equilibrio de las partes se sacrifica en gran medida a la prevalencia de las necesidades públicas, similares a las de orden público según el derecho civil<sup>49</sup>. Por otra parte, el *Conseil constitutionnel*, que anteriormente había negado el carácter constitucional de la libertad contractual, parece haberlo extraído del artículo 4 del CEDU<sup>50</sup>, pero nunca ha negado que el régimen de los contratos administrativos pueda contener excepciones y limitaciones, aunque la jurisprudencia administrativa exija que se interpreten restrictivamente<sup>51</sup>. Aparte de las limitaciones ordinariamente previstas, a menudo de forma estándar, por los *cahiers de charge*, existen otras previstas por la llamada *loi Sapin*<sup>52</sup>. Concretamente, se considera que las nuevas disciplinas reglamentarias son aplicables a los contratos administrativos en curso al menos cuando el texto contractual lo prevea expresamente, o es la ley la que lo disponga, siempre que se base en una razón suficiente de interés general y que el menoscabo de la libertad contractual no sea excesivo, o, en ausencia de ley, en presencia de consideraciones de orden público suficientemente imperativas. No obstante, se recomienda respetar el principio de *sécurité juridique*, especialmente mediante la adopción de disciplinas transitorias<sup>53</sup>.

En principio, sin embargo, la *mutabilité* de los contratos administrativos está permitida tanto para las concesiones de servicios públicos<sup>54</sup> como para los contratos administrativos en general<sup>55</sup>, siempre que no afecte al objeto del contrato o a sus cláusulas financieras. El concesionario o contratista está obligado a aceptar las modificaciones, previa indemnización íntegra del perjuicio económico hasta que se restablezca el equilibrio

45 TC, 21 mar. 1983, UAP, R 357.

46 CE, 31 juillet 1912, *Société de granits phorphyroïdes des Vosges*.

47 CE, 4 mars 1910, *Thérond*, e 20 avril 1956, *Épx Bertin et ministre de l'Agriculture c Cts Grimoard*.

48 CE, 26 juin 1974, *Société La Maison des Isolants-France*.

49 Cfr., por ejemplo, C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, 3e éd., 2011; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, 12e éd., 2021; C.-A. DUBREUIL, *Droit des contrats administratifs*, 2d éd., 2022; M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, Paris, 4e éd., 2002.

50 Dec. 19 déc. 2000, n.º 2000-437. Cfr. A.-L. VALEMBOS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, Paris, 2005 e A. DUFY, *La constitutionnalisation de la liberté contractuelle*, RDP, 2006, 1569.

51 Ad es. CE, 28 janv. 1998, *Soc. Borg Warner*.

52 Loi 29 janvier 1993.

53 CE, 24 mars 2006, *KPMG*

54 CE, 10 janv. 1902, *Cie nouvelle du Gaz de Deville-Lés-Rouen*.

55 CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*.

financiero, pudiendo, en caso contrario, resolver el contrato, al igual que la administración en caso de que este rechace<sup>56</sup>.

El *fait du prince* se contempla como un hecho imputable a un poder general extracontractual de la persona jurídica de derecho público, cuyo ejercicio está permitido ante el acaecimiento de circunstancias externas imprevisibles que hagan imposible la continuación del contrato o lo sometan a un riesgo económico extraordinario<sup>57</sup>. Asimismo, la resolución unilateral se considera una potestad general de la administración, ejercitable cuando así lo disponga la ley, o como consecuencia de una actuación del contratista que haga imposible la continuación del contrato, o en caso de ruptura definitiva del equilibrio económico, y finalmente, en interés del servicio, si la administración considera que la continuación del contrato ya no corresponde al interés general. En cualquier caso, se deberá la compensación por el perjuicio económico<sup>58</sup>.

La competencia del tribunal administrativo sobre los litigios relativos a la ejecución de los contratos públicos es plena y, según la jurisprudencia de la última década, puede dar lugar a decisiones que conlleven una orden de resolución acompañada también de medidas correctoras, como la resolución con efecto *ex nunc* o la anulación con efecto *ex tunc*, en este último caso exclusivamente por ilegalidad de contenido o defectos especialmente graves de la ley de licitaciones. Desde 2011<sup>59</sup>, además, el Consejo de Estado admite la posibilidad de una acción dirigida no sólo a solicitar la suspensión de la *résiliation*, en el plazo de sesenta días desde que se tuvo conocimiento de ella, sino también la reanudación provisional de la relación contractual en una fecha fija, hasta que se dicte una resolución sobre el fondo, previa indemnización de daños y perjuicios.

## V. El ordenamiento belga

El Tribunal Constitucional belga reconoce el principio de seguridad jurídica como base de la accesibilidad y previsibilidad de las fuentes, permitiendo a los ciudadanos evaluar las consecuencias de sus propios actos<sup>60</sup>. No obstante, el principio se considera todavía relativo y dinámico, ya que se admite su limitación cuando existen motivos objetivos y razonables para derogarlo<sup>61</sup>. No obstante, la carga de la prueba recae sobre el legislador, como ocurrió en 2007, cuando se declaró inconstitucional la ley que preveía la publicación exclusivamente telemática de los actos reglamentarios, con la consiguiente imposición al Gobierno de activar un *helpdesk* telefónico<sup>62</sup>. Las legítimas expectativas se

56 CE, 27 oct. 2010, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes*.

57 Cfr., detalladamente en L. CLOUZOT, «La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs: une improbable désuétude», 2010 *RFDA* 937 ss.

58 Cfr., detalles en S. BRACONNIER, «L'indemnization de la rupture anticipée d'un contrat publique d'affaires pour motif d'intérêt general», *AJDA*, 2009, 2035 ss.

59 CE, 21 mars 2011, *Commune de Béziers*.

60 Véase, por ejemplo, CC 25/1990 y 36/1990.

61 Por ejemplo, CC 10/1993.

62 CC 10/2007.

consideran relevantes y merecedoras de protección siempre que se basen en sacrificios significativos en términos de inversiones<sup>63</sup>; la retroactividad tiende a sancionarse, a menos que las disposiciones impugnadas confirmen otras anteriores o validen prácticas administrativas o jurisdiccionales ya existentes<sup>64</sup>.

En el ámbito del Derecho administrativo, la sistematización de la materia por parte de la doctrina y la jurisprudencia es quizá más rigurosa y metódica que la francesa, ya que pretende reducir la fragmentación de los casos, aunque el precio sea un enfoque más desequilibrado e inclinado hacia la Administración. El punto de partida es la distinción entre contratos de la administración y contratos de derecho administrativo<sup>65</sup>: en los primeros, el sujeto público participa del mismo modo que el particular, con sujeción a las normas de competencia y a las normas constitucionales de igualdad y no discriminación, mientras que los segundos admiten excepciones de derecho administrativo al régimen privado ordinario. Estas especialidades son en parte comunes a todos los tipos de contratos y en parte diversificadas por tipos negociales. Las especialidades del sector público incluyen la facultad de dirigir y controlar la ejecución, la facultad de modificar las cláusulas contractuales y la facultad de *résiliation* del contrato con independencia de la culpa del contratista privado<sup>66</sup>. Las cláusulas de este contenido pueden figurar en la ley de licitaciones (*cahiers spécial des charges*), pero son aplicables incluso en ausencia de norma expresa, ya que están relacionadas con el principio de protección y fomento del interés general. No obstante, pesa sobre la administración la obligación de colaborar con el contratista privado para evitar el menoscabo de la prestación ante circunstancias imprevisibles (*théorie de l'imprévision*), de someter a revisión la contraprestación ante contingencias imprevistas (*théorie des sujétions imprévues*) y, en todo caso, de reequilibrar la relación contractual cuando entren en vigor normas reglamentarias y generales que la alteren (*théorie du fait du prince*). Los contratos públicos, en particular, se rigen por un reglamento de 2013, completado en 2016 y 2017<sup>67</sup>, en el que se transponen los principios mencionados, con especial atención al reequilibrio sinalagmático para evitar el *bouleversement* y la consiguiente posible resolución<sup>68</sup>.

## VI. El ordenamiento español

El ordenamiento jurídico español pertenece, como es bien sabido, al tercer ciclo de las constituciones occidentales, el de los años setenta. Sus principios generales, por tanto, se formaron bajo la influencia tanto de la jurisprudencia constitucional alemana e italiana

63 CC 32/1997 e 47/1997.

64 CC 6/98. Cfr., en general, C. BEHRENDT *et al.*, *Principes de droit constitutionnel belge*, Bruxelles, 2021.

65 Cfr., con carácter general, D. RENDERS, *Droit administratif général*, Bruxelles, 3e éd., 2021, 413 ss.

66 *Ibidem*, 418 ss., y A. VANDENBURIE, D. DE WALKENEER, K. WAUTERS, «La modification unilatérale d'un contrat public», in K. WAUTERS (coord.), *La modification unilatérale des contrats*, Limal, 2018/2, 91 ss.

67 L. du 17 juin 2013, l. du 17 juin 2016, l. du 16 février 2017.

68 Cfr., con carácter general, V. DOR, M. VASTMANS, *Commentaire article par article de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics*, Waterloo, 2016.

como de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo. Esta deuda cultural se reconoce abiertamente, sobre todo en lo que se refiere al tema que nos ocupa<sup>69</sup>.

La positivización de la confianza legítima, sin embargo, se produjo con la inclusión en 1999<sup>70</sup> del artículo 3.1 en la Ley 30/1992 sobre procedimiento administrativo<sup>71</sup>. También se cita un precepto anterior de la Ley Foral de la Comunidad Autónoma de Navarra de 1990. La doctrina lo vincula tanto a los principios, constitucionalizados, de imparcialidad y eficacia, como, junto con el de buena fe, de la seguridad jurídica prevista en el artículo 9.3.º Constitución Española<sup>72</sup>; al que también suelen vincularse la claridad y precisión de las normas, la publicidad de los actos y la prohibición de retroactividad de las normas desfavorables. Además, ya a principios de los años noventa, el Tribunal Supremo había afirmado que, en el conflicto entre legalidad y seguridad, ambas reconducibles al artículo 9.3.º de la Constitución, debe prevalecer esta última siempre que la buena fe desencadene la necesidad de proteger la confianza jurídica<sup>73</sup>. Esta última protege las expectativas legítimas incluso en detrimento de la legalidad si uno se encuentra en presencia de situaciones jurídicas subjetivas que parecen irrevocables y basadas en declaraciones de la administración y no en meras convicciones psicológicas<sup>74</sup>.

Unos diez años más tarde, la jurisprudencia se consolidó en el sentido de considerar la confianza como un corolario de la seguridad jurídica<sup>75</sup>. Esta línea se refiere también a los actos de naturaleza reglamentaria<sup>76</sup>. Sin embargo, los cambios en el marco normativo no pueden penalizarse cuando las circunstancias de hecho subyacentes eran previsibles en términos de capacidad empresarial, como en el sector de la energía<sup>77</sup>. Mientras que la sustitución de la política de adopción de libros de texto, inicialmente estructurada sobre una base quinquenal y luego modificada con el tiempo, constituye ciertamente un abuso de confianza imprevisible<sup>78</sup>. Especialmente interesante es la jurisprudencia que considera lesiva del principio de confianza la promulgación de normas innecesariamente supera-

69 Véase, por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ámbito de la Unión Europea», *REDA*, 1999, 401 ss.

70 A raíz del artículo 1.º de la Ley 4/1999.

71 Más concretamente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, sobre la misma se puede consultar, por ejemplo, J. GONZÁLEZ PÉREZ, F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios*, Madrid, 2003, 365 ss.

72 Por ejemplo, L. MORELL OCAÑA, «La objetividad de la Administración pública y otros componentes de la ética de la institución», *REDA*, 2001, 347 ss.

73 Sent. 28 de febrero de 1989, de 19 de enero de 1990 e 1 de marzo de 1991.

74 Afirmación todavía hoy recurrente: véase, por ejemplo, TS de 28 de noviembre de 2012 y 23 de junio de 2014.

75 Sent. de 13 de setiembre de 2002, sobre la cual, difusamente, J.B. LORENZO DE MEMBIELA, «El principio de confianza legítima como criterio ponderativo de la actividad discrecional de la administración pública», *RDA* 2006, 260 ss.

76 Sent. TS de 10 de mayo de 1999.

77 Sent. TS 12 de abril de 2012, 17 de diciembre de 2015 y 4 de febrero de 2016.

78 Sent. TS de 14 de junio de 2010.

bundantes o caprichosas, que hacen menos comprensible el derecho vigente o dificultan su aplicación, evidentemente de derivación europea directa<sup>79</sup>.

Más importante aún es la evolución jurisprudencial según la cual las resoluciones del TC que declaran la ilegalidad de una norma legal por vulneración del principio de confianza dan derecho a indemnización al particular que ha sufrido un daño antijurídico<sup>80</sup>.

## VII. El sistema portugués

El derecho público portugués, cuya versión contemporánea se remonta a la misma época del constitucionalismo, se caracteriza, por una parte, por el mayor empeño en la enunciación, no meramente retórica, del principio de confianza legítima (*proteção da confiança*) y, por otra, por una jurisprudencia aplicativa extremadamente garantista, tanto en el plano constitucional como ante los tribunales administrativos.

En el primer frente, la doctrina es unánime en reconducir el principio a los valores del Estado de derecho, positivizados por el artículo 2 de la Constitución, entre los que se encuentran la claridad y estabilidad de las normas, la corrección de la actuación administrativa y el estilo judicial respetuoso con los precedentes y los pronunciamientos de los tribunales superiores<sup>81</sup>. La ampliación del ámbito de aplicación del principio se presenta como un antídoto contra el creciente riesgo social. El Tribunal Constitucional se ha adaptado con prontitud y convicción a estas formulaciones, reiterándolas cada vez con mayor frecuencia<sup>82</sup>.

En su aplicación concreta, desde principios de los años noventa el Tribunal Constitucional comenzó a afirmar con rotundidad que las medidas de política social o económica susceptibles de generar movilidad descendente deben verse con malos ojos cuando afectan a los *direitos adquiridos*<sup>83</sup>. Esto no significa que el legislador no pueda tener en cuenta los vínculos financieros impuestos por la reserva de lo posible, pero no puede afectar a las prestaciones sociales en disfrute sobre una base puramente ideológica o derivada de cambios coyunturales por razones políticas<sup>84</sup>. La garantía puede manifestarse en un nivel mínimo adquirido, intangible por el legislador, un nivel medio, presidido por la confianza y la igualdad entendida como no arbitrariedad, y un nivel máximo, fruto de la sedimentación en la conciencia de la comunidad y como tal calificable como materialmente constitucional<sup>85</sup>. Tras la crisis económica y financiera, estas proposiciones exigentes, pero aún teóricas, fueron puestas a prueba por las fuertes demandas de las insti-

79 Cfr., con carácter general, S. MUÑOZ MACHADO, «Regulación y confianza legítima», *RAP*, 2016, 141 ss.

80 Véase, por ejemplo, sent. TS 20 de febrero 2015.

81 Cfr., por ejemplo, J. FREITAS ROCHA, «Direito pós-moderno, patologías normativas e proteção da confiança», *Rev. FDUP*, 2010, 383 ss., y P. MACHETE, *O principio da boa fé*, *ivi*, 475 ss.

82 Véase, por ejemplo, TC 17 y 83/1984, 287, 303 y 307/1990, 285/1992, 353/2012.

83 TC 101 y 407/2002.

84 TC 509/1992.

85 *Ibidem*.

tuciones del «Washington consensus» de realizar fuertes y dolorosos recortes en salarios, complementos y pensiones. En varias ocasiones, el TC ha dictaminado valientemente que las reducciones impuestas, debido a la magnitud del sacrificio exigido, podían frustrar fundadas expectativas de los beneficiarios y vulnerar así el principio de confianza<sup>86</sup>. En estas sentencias, el Tribunal Constitucional aplica la proporcionalidad a un examen analítico del alcance de la compresión de los salarios y las pensiones con respecto a las cifras residuales, también en comparación con otras experiencias europeas.

En relación con la retroactividad el juez constitucional ha elaborado una metodología bastante precisa para pronunciar la inconstitucionalidad de leyes que incidan desfavorable e imprevisiblemente sobre expectativas protegidas de destinatarios sin cuidarse de tutelar derechos o intereses constitucionalmente protegidos y que se deberían considerar prevalentes<sup>87</sup>. La invocación de la confianza es meritoria en tales casos de tutela. La revisión constitucional del 1997 ha introducido la prohibición de retroactividad de las leyes tributarias (art. 103 n.º 3)<sup>88</sup> junto a la de las normas penales ya existente.

En la normativa administrativa la buena fe, y con ella el corolario de la confianza, se recoge en el Código del Procedimiento Administrativo como aplicación del artículo 266 n.º 2 de la Constitución. El Código además establece expresamente tanto la revocación sancionadora<sup>89</sup> como la anulación<sup>90</sup>.

## VIII. Algunos comentarios de síntesis

Una revisión sumaria de los datos jurisprudenciales, desde una perspectiva constitucional y administrativa, con referencia a los sistemas jurídicos europeos y no europeos, nos permite sacar algunas conclusiones bastante fiables.

En primer lugar, se puede decir que se ha completado la transición, o mejor dicho la ampliación, de los conceptos examinados del derecho privado al derecho público. A ello contribuyó, en primer lugar, el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial, seguido e integrado por el ciclo constitucional de los años 1970, que hizo de la ponderación entre valores la técnica fundamental de interpretación constitucional y, en consecuencia, relativizó el núcleo axiológico de la seguridad jurídica. El impulso final para ubicar esta idea en el centro de las construcciones doctrinales y jurisprudenciales, sin embargo, fue el constitucionalismo multinivel, que inevitablemente actuó en varias líneas: la de la coordinación entre diferentes sistemas, no sólo en el escenario europeo; el de la aparición y difusión de fuentes atípicas de difícil encaje en sistemas tradicionalmente

86 Por ejemplo, TC 3/2010, 396/2011 y 353/2012.

87 TC 287 y 307/1990 y 285/1992. Véase, en doctrina, P. MONIZ LOPES, *Princípio da boa fé e decisão administrativa*, Lisboa, 2011.

88 Sobre lo cual, TC 491/200, 604/2005 e 85/2010.

89 Art. 140, n.º 1, al. b.

90 Art. 141, n.º 1. Cfr. También, V. AGUIAR JACURU, *Proteção da confiança legítima e os desafios do novo direito administrativo*, Coimbra, 2016.

estructurados en función de jerarquía, competencia y sucesión en el tiempo; el de las crisis recurrentes, que han puesto a prueba la solidez y sobre todo la continuidad y previsibilidad de la relación entre las instituciones públicas y los ciudadanos.

En presencia de acontecimientos extraordinarios, pero ahora frecuentes e incluso superpuestos, que trastornan ordenamientos que se creían consolidados, las respuestas de los distintos aparatos institucionales han presentado, como suele suceder, similitudes y diferencias. En casi todos los casos, las condiciones de emergencia han alterado, si no trastornado, el sistema de fuentes, en su mayoría a favor de las fuentes del Ejecutivo, limitado las libertades civiles, comprimido las prestaciones sociales y, no pocas veces, incluso afectado los derechos políticos. Este complejo de efectos parece haber ocurrido tanto en contextos constitucionales en los que la emergencia estaba regulada más o menos articuladamente como en otros en los que faltaba cualquier regulación. La confianza en prácticas consolidadas, en derechos subjetivos adquiridos, en la linealidad de la acción administrativa, en el funcionamiento de normas legales o prelegales, basado en la diligencia y la buena fe de los asociados en el pacto social, en la publicidad de las normas y en la previsibilidad del comportamiento de los sujetos públicos, se ha encontrado objetivamente en grave sufrimiento. Sin embargo, como quizás se debería haber imaginado, y como ya se había constatado en la primera crisis del *welfare State* en los años 70 del siglo anterior, las nuevas crisis han pesado menos sobre los ordenamientos respaldados por sistemas económicos más fuertes y por estructuras sociales más resistentes: así lo demuestra la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales en materia de *welfare*, que oscilan entre la continuidad con el pasado, junto con la aplicación de la reserva de lo posible (donde el legislador ha tenido menos necesidad de intervenir comprimiendo los derechos sociales), y sentencias con distintos grados de intensidad en defensa de prestaciones sociales amenazadas o cortadas en contextos más débiles.

En los ordenamientos anglosajones, como se ha podido comprobar, las categorías públicas relativas a la confianza legítima constituyen una mera extensión de conceptos de derecho privado: en el caso inglés la combinación *legitimate expectation/confiance*, construida sobre el hilo de la *natural justice*, deriva del ámbito contractual, como ocurre de hecho en los Estados Unidos, donde la protección del contrato está constitucionalizada, aunque sobre premisas históricas peculiares, y donde la cláusula del *due process* representa un camino paralelo hacia la protección de la regularidad de la acción de los sujetos públicos. En estos sistemas el hilo de la protección de la confianza legítima y del *background* de la seguridad jurídica serpentea entre la dimensión meramente procesal, sólidamente vinculada a la matriz genética, y la sustancial, que tiene dificultades para arraigarse y aún depende de factores políticos, particularmente en el contexto de Estados Unidos, y de la evolución del *welfare*.

En los ordenamientos de derecho administrativo, empezando por el francés, en el que el origen de las instituciones en cuestión deriva claramente del derecho privado, su evolución en el derecho público se produce esencialmente a través de la actividad de los jueces. Sin embargo, en los sistemas español y portugués se han consolidado, para apoyar el trabajo de los tribunales administrativos, los datos constitucionales y legislativos sobre el procedimiento administrativo. En el caso francés, sin embargo, aparte de la

muy reciente y tardía adopción de una reglamentación del procedimiento<sup>91</sup>, sustancialmente irrelevante, la elaboración fue enteramente judicial, con un cuidadoso intento de distinguir del parámetro del código, del cual difiere la exigencia de proteger la supremacía de la entidad pública, atenuada precisamente por la necesidad de una justicia equitativa: el punto de equilibrio se encuentra en fórmulas complejas y abiertas a la discreción judicial. En este sentido, la similitud con los sistemas anglosajones está realmente mal disimulada: el grado de flexibilidad de las reglas adoptadas por la jurisprudencia y la frecuencia de las excepciones<sup>92</sup> recuerdan estrechamente la creatividad de los jueces británicos en la clave de *natural justice*.

---

91 *Loi* n. 2013-2005 de 12 novembre 2013, *Ordonnance* n. 20151341 de 23 octobre 2015, *décret* n. 2015-1342.

92 Sobre la complejidad de esta trama, v. recientemente M. LUCIANI, «Il diritto e l'eccezione», en *Rivista AIC*, 2022, 39 ss.

