

I. COMENTARIOS MONOGRÁFICOS

LA MODULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN DETERMINADOS CASOS DE EJERCICIO ILEGAL DE POTESTADES URBANÍSTICAS

GERARDO GARCÍA ÁLVAREZ
Seminario de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN URBANÍSTICA POR SUS ACTUACIONES EN MATERIA DE LICENCIAS.—III. LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL «MARGEN DE TOLERANCIA» O «ESCALA DE LA DISCRECIONALIDAD» EN LA DENEGACIÓN IMPROCEDENTE DE LICENCIAS: A) *La línea jurisprudencial mayoritaria: el deber jurídico de soportar cuando el acto administrativo anulado sea «razonado y razonable»*: a) El origen de la doctrina. b) La consolidación de la línea jurisprudencial: la sentencia de 5 de febrero de 1996. c) Pronunciamientos posteriores: la inaplicación de la exoneración a determinadas actividades y daños. B) *Una línea jurisprudencial minoritaria y complementaria: los límites de la ponderación de la responsabilidad*.—IV. LOS SUPUESTOS DE INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR LA ANULACIÓN DE DECISIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE PLANES URBANÍSTICOS: A) *La anulación de un plan: sentencia de 25 de junio de 1990*. B) *La denegación de la aprobación de un plan de iniciativa particular: sentencia de 25 de mayo de 2004*.—BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El reconocimiento expreso por el legislador de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública en materia de licencias urbanísticas a partir de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo, no ha evitado la consolidación de una doctrina jurisprudencial que aplica un régimen peculiar a esos supuestos de responsabilidad. Ese régimen especial, muy restrictivo, puede acotarse a uno solo de los supuestos mencionados en la legislación vigente: el de denegación improcedente de licencias urbanísticas. Sin embargo, ha mostrado una considerable fuerza expansiva: primero, a autorizaciones administrativas que nada tienen que ver con el urbanismo; pero también a la anulación de resoluciones administrativas sobre la aprobación de planes urbanísticos. Esta doctrina es un ejemplo de autorrestricción judicial que, de alguna manera, desdramatiza la preocupación doctrinal por la posible expansión incontrolada de la responsabilidad.

Palabras clave: responsabilidad patrimonial de la Administración pública; supuestos indemnizatorios de la legislación urbanística; licencias urbanísticas; denegación improcedente de licencias; anulación de planes urbanísticos.

ABSTRACT

Even if the Spanish State Legislation on civil liability of the Public Administration has paid special attention to the issues related to urban planning licences by virtue of the Act 8/1990, of 25th July, *on urban planning and land appraisal*, a jurisprudential doctrine applying a specific regime to those liability phenomena has been consolidated. This special and

restrictive regime may only apply to exclusively one of the cases foreseen by the legislation in force: the unlawful denial of urban planning licences. Nevertheless, this jurisprudence has shown a remarkable expansive force, applying to any sort of administrative permissions different to the urban planning ones; and also to the annulment of the administrative acts of development plans approval. This jurisprudence is an example of judicial self-restraint that might somehow dedramatize the doctrinal worries about the likely uncontrolled expansion of the administrative liability.

Key words: civil liability of the Public Administration; liability phenomena in urban legislation; urban planning licences; unlawful denial of licences; annulment of development plans.

I. INTRODUCCIÓN

Al revés de lo que ocurre cuando la potestad de planeamiento urbanístico se ejerce de conformidad con la legalidad, a primera vista, no parece que debiera haber especificidad alguna en el régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública por el ejercicio ilegal de esa potestad. Desde la Ley del Suelo de 1956 ha existido siempre una modulación de esa responsabilidad, cuando el planeamiento aprobado responde a la legalidad urbanística, a través de la negación de la antijuridicidad de las desventajas derivadas del planeamiento: el propietario tiene el deber jurídico de soportar la ordenación urbanística, aunque ciertamente tenga derecho a la equidistribución.

Las cosas están cambiando. En la sentencia de 25 de mayo de 2004 se aplica una modulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública en materia de planeamiento, pero se hace en un caso de ejercicio ilegal de la potestad. No puede considerarse algo inesperado. El Tribunal Supremo llega a ese fallo aplicando una jurisprudencia que ha ido acuñando en los últimos años sobre las licencias urbanísticas o, más concretamente, en los supuestos de denegación improcedente de licencias urbanísticas. Por otra parte, ésta no ha sido ni siquiera la primera sentencia en tal sentido, aunque haya pasado algún tiempo desde la primera vez que el Tribunal Supremo se pronunció en esta dirección, con ocasión de la sentencia de 25 de junio de 1990.

Para centrar la cuestión es necesario estudiar el régimen de la denegación ilegal o improcedente de licencias urbanísticas o, más en general, de licencias y autorizaciones administrativas. En materia de licencias, los supuestos indemnizatorios de la legislación urbanística no establecen un régimen para casos de funcionamiento normal, en los que la actividad administrativa sea perfectamente adecuada a la legalidad (sin duda, porque no es necesario, ya que es evidente la existencia de un deber jurídico de soportar en tales casos). Por el contrario, lo que ha hecho el legislador ha sido acoger los supuestos más habituales de funcionamiento anormal, aunque las consecuencias jurídicas que ha acarreado esta mención expresa varían según los casos. En la legislación vigente, como se viene haciendo desde la Ley 8/1990, se incluyen los supuestos de anulación de licencias, retraso in-

justificado en su otorgamiento y denegación improcedente. El régimen aplicable en los dos primeros supuestos es, con pequeños matices, el mismo que resultaría de la aplicación directa del régimen general de responsabilidad. En el tercero, sin embargo, la jurisprudencia ha ido construyendo paulatinamente un régimen sumamente peculiar.

Su principal particularidad es que ha sido y es, cada vez en mayor medida, el campo de aplicación por excelencia de una jurisprudencia que, en términos clásicos, podríamos denominar del «margen de tolerancia». También, puesto que en los últimos tiempos el Tribunal Supremo niega enfáticamente —aunque sin molestarse en argumentarlo— que esta línea jurisprudencial pueda adscribirse a tal doctrina, podemos acudir a denominaciones doctrinales como la de la «escala de la discrecionalidad», que probablemente esté llamada a tener éxito¹, o bien a la que también se ha acuñado, desde una perspectiva más crítica, como «antijuridicidad dual» o «apreciación dual de la antijuridicidad»². Podemos sintetizar la posición del Tribunal Supremo en estos términos: cuando la interpretación de la norma o del plan que hace la Administración al denegar la licencia es «razonada y razonable», la jurisprudencia se niega a establecer una indemnización. No obstante, no es una jurisprudencia unánime, como veremos: no faltan sentencias que, como la de 2 de julio de 1998 (RJ 1998\6059), niegan tanto el margen de tolerancia como la nueva variante aplicada por la jurisprudencia dominante o, al menos, la matizan considerablemente.

El objeto de este trabajo es, en consecuencia, examinar la consolidación en la jurisprudencia de un régimen jurídico peculiar de la responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de autorizaciones y licencias administrativas, acotando su ámbito de aplicación, pero también mostrando su potencial expansivo, que ya se ha plasmado en materia de planes urbanísticos.

La mera existencia de esta doctrina jurisprudencial que, sin ningún apoyo legal, ha introducido y consolidado una interpretación sumamente restrictiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública es un ejemplo más que puede contribuir a desdramatizar los mensajes de alarma que, desde hace algún tiempo, emiten sectores de la doctrina preocupados por la posible expansión incontrolada de la responsabilidad.

¹ Tomás FONT I LLOVET (2000a), «Prólogo» a O. MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Madrid, Civitas, págs. 22-26. Concretamente, este autor afirma lo siguiente a propósito de la línea jurisprudencial que se examinará más adelante: «se producirá inevitablemente la progresiva asimilación de la idea de la gradualidad y de la “escala” de la responsabilidad objetiva» (pág. 26). Posteriormente, reiteraría las ideas anteriores en Tomás FONT I LLOVET (2000b), «Hacia la escala de la discrecionalidad: primer paso, la anulación de los actos discrecionales (A propósito de la STS de 28 de junio de 1999)», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 106, págs. 237-243.

² Enrique SÁNCHEZ GOYANES (2003), «Prólogo» a J. A. IVARS BAÑULS y G. VILLARINO SAMALEA, *La responsabilidad por actos de naturaleza urbanística*, Madrid, INAP, pág. 15.

II. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN URBANÍSTICA POR SUS ACTUACIONES EN MATERIA DE LICENCIAS

La causa de que existan reglas específicas respecto a la responsabilidad por licencias urbanísticas es, en primer lugar, de carácter histórico: la anulación de licencias, único supuesto recogido desde un principio, se mencionó expresamente en la primera Ley del Suelo, anudándole un derecho a la indemnización (se establecía la posibilidad de «anular» las licencias urbanísticas o las órdenes de ejecución que se hubiesen otorgado «erróneamente», procediendo seguidamente a legalizar las obras o a demolerlas), porque no existía una norma con rango de Ley que permitiese esa anulación por la propia Administración en el ámbito local (la única referencia general era el controvertido artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de julio de 1955)³. El objeto de la regulación no era tanto la indemnización como la potestad de anular las licencias ilegales.

La revisión de oficio de los actos administrativos fue reconocida a la Administración después de la Guerra Civil, en buena medida como resultado de la suspensión durante unos años del recurso contencioso-administrativo contra actos de la Administración del Estado (Ley de 21 de agosto de 1938, art. 8) y por la creación, que se prolongó durante algo más de diez años, del recurso de agravios, una suerte de jurisdicción retenida, aplicable a los asuntos de personal de la Administración del Estado⁴. Resultó decisiva la participación en los procedimientos de agravios del Consejo de Estado⁵. El resultado de todo ello fue el reconocimiento de la potestad de revisión de oficio, con determinadas cautelas procedimentales, en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de julio de 1957 y, más ampliamente, en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, sólo aplicables directamente a la Administración del Estado.

En el ámbito local se reconoció la revisión de oficio en la Ley especial del municipio de Madrid, de 11 de junio de 1963⁶, pero iba a ser en la ju-

³ Sobre el juego conjunto del artículo 172 LS y del artículo 16 RS, vid. María Jesús MONTORO CHINER (1983), *La responsabilidad patrimonial de la Administración por actos urbanísticos*, Madrid, Montecorvo, págs. 91 y ss.

⁴ Sobre las circunstancias que llevaron a su creación, vid. Raúl BOCANEGRA SIERRA (1977), *La revisión de oficio*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, pág. 118. Para una caracterización general del recurso de agravios, ANTONIO PÉREZ HERNÁNDEZ (1954), *El recurso de agravios*, Pamplona, Publicaciones del Estudio General de Navarra, *in totum*.

⁵ Entre 1944 y 1957, el Consejo de Estado, actuando con «jurisdicción retenida», se pronunció contra la posibilidad de que la propia Administración interpusiese el recurso de lesividad contra sus propios actos declarativos de derechos en materia de personal, utilizando la vía de agravios, dada la falta de previsión legal expresa. Esto, a falta de otra vía para retirar actos manifiestamente ilegales o erróneos, llevó a la admisión de la posibilidad de que la Administración pudiese «volver sobre sus propias resoluciones declarativas de derechos en materia de personal, sin perjuicio, naturalmente, de la ulterior revisión en vía de agravios» —ANTONIO PÉREZ HERNÁNDEZ (1954, págs. 72 y 73)—.

⁶ En esta Ley se establecía que «en los casos y formas que establece la LPA podrá el Ayuntamiento pleno declarar la nulidad y anular, cuando infrinjan manifiestamente la ley, los actos y acuerdos declarativos de derechos dictados por cualquiera de los órganos del municipio».

risprudencia del Tribunal Supremo en la que se reconocería definitivamente la potestad de revisión de oficio a las entidades locales. Esta innovación jurisprudencial se vería corroborada sólo *a posteriori* por la evolución de la legislación en el sector en el que el legislador se había mostrado más sensible a esta necesidad, nuevamente el Derecho urbanístico⁷. En la normativa general del régimen local, todavía habría que esperar hasta la entrada en vigor de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local de 1985⁸.

La posibilidad de que las entidades locales ejercitasen la revisión de oficio se planteó por primera vez, salvo error por mi parte, en la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1964⁹. Sin embargo, esta sentencia no es suficiente para considerar admitida jurisprudencialmente la revisión de oficio en el ámbito local: por un lado, la revisión de oficio impugnada no fue admitida como correcta en el caso concreto y, por otro, en sentencias coetáneas o inmediatamente posteriores se excluye su mera posibilidad¹⁰, mientras que en otras el Tribunal Supremo se mostró simplemente dubitativo¹¹.

La admisión definitiva de la revisión de oficio en el ámbito local iba a producirse con ocasión de la sentencia de 3 de octubre de 1973¹². Pese a

⁷ Esta evolución se produciría al incluirse en la reforma de 1975 de la Ley del Suelo una remisión genérica al régimen general de revisión de actos, con lo que la revisión de oficio era aplicable por toda la Administración urbanística, no sólo la estatal, sino también la local (artículo 212 de la Ley 19/1975, incluido en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976, en el artículo 224.2; posteriormente, artículo 302 del Texto Refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio: «Las Entidades locales podrán revisar de oficio sus actos y acuerdos en materia de urbanismo con arreglo a lo dispuesto en los artículos 109 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo»).

⁸ Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, artículo 53: «Sin perjuicio de las previsiones específicas contenidas en los artículos 65, 67 y 110 de esta Ley, las Corporaciones locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que para la Administración del Estado se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común». La misma innovación estaba contenida en la Ley 41/1975, de 19 de noviembre, de Bases del Estatuto de Régimen Local, base 38, 1-b.

⁹ RJ 1964\3562. En esta sentencia el Tribunal Supremo estableció las siguientes consideraciones: «los artículos 109 y siguientes de la LPA, de aplicación al Derecho local, según el número 4 de su artículo 1», y, en consecuencia, «*el problema queda limitado a si efectivamente tal causa de nulidad concurre en el acto de concesión de licencia de obras, otorgada por la Alcaldía del Ayuntamiento recurrido al demandante, y, por ello, si su Corporación se halla facultada para declarar su nulidad y privarla totalmente de eficacia jurídica.*».

¹⁰ Como las sentencias de 22 de febrero de 1964 (RJ 1964\1690), 22 de noviembre y 23 de diciembre de 1966 (RJ 5012/1966 y 1435/1967) o la de 4 de junio de 1970 (RJ 1970\3365).

¹¹ Como las sentencias de 20 de noviembre de 1965 (RJ 2029/1966) o 22 de abril de 1967 (RJ 1967\2198). El Consejo de Estado había anticipado lo que luego sería reconocido por el Tribunal Supremo: venía admitiendo con normalidad la revisión de oficio de sus propios actos por las Administraciones locales desde 1966. Desde los dictámenes de 5 de mayo de 1966 (exp. núm. 34691) y 26 de mayo de 1966 (exp. núm. 34786). AGUILAR señala incluso un precedente en el dictamen de 9 de julio de 1964 (exp. núm. 35516), en que, no obstante, la cuestión sólo se habría tratado tangencialmente —Jaime AGUILAR FERNÁNDEZ-HONTORIA (1984), «Una aproximación a la redefinición de las relaciones Consejo de Estado-Corporaciones locales en el nuevo marco constitucional», en núm. 105 de esta REVISTA, pág. 30, por nota—.

¹² RJ 1973\4562. Esta sentencia fue seguida poco tiempo después por la de 9 de diciembre de 1974 (RJ 1974\5025), siendo ponente, en ambos casos, don Aurelio Botella y Taza. El pronunciamiento de 1973 citado sería considerado por otras sentencias posteriores de la

que se declaró la ilegalidad de la revisión de oficio llevada a cabo por el Ayuntamiento de Marbella (por falta de dictamen del Consejo de Estado), se admite expresamente la aplicabilidad del artículo 109 LPA a las Corporaciones locales, como norma supletoria, con apoyo en dos argumentos. En primer lugar, la constatación de que el recurso de lesividad y otros remedios «resultan insuficientes para coordinar aquel principio de irrevocabilidad con el de legalidad también imperativo para la Administración»¹³. Y, en segundo lugar, un argumento analógico apoyado en la Ley especial para el municipio de Madrid de 1963¹⁴.

Uno de los problemas que hubo que resolver fue el de la relación entre el recurso de lesividad y la revisión de oficio. Según el Tribunal Supremo, la vía de la declaración de lesividad y posterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa es el cauce ordinario para la anulación de oficio de los actos administrativos firmes; la revisión por la propia Administración tiene carácter excepcional, dado su carácter exorbitante y menos garantizador de los derechos individuales¹⁵.

Por otra parte, cuando se planteó la posibilidad de que las Corporaciones locales pudiesen hacer uso de la anulación de oficio de los propios actos de acuerdo con la LPA, el principal problema era la dificultad de que las entidades de la Administración local consultasen al Consejo de Estado¹⁶. Aunque el Consejo de Estado estaba definido como «Supremo Cuerpo Consultivo en asuntos de Gobierno y Administración» y la Ley de 25 de noviembre de 1944 sólo hacía referencia a los órganos facultados para hacer consultas voluntarias, no a las preceptivas¹⁷, la lógica institucional pa-

misma línea jurisprudencial, como las de 17 de noviembre de 1977 (RJ 1977\4356) o de 8 de julio de 1980 (RJ 1980\3010), como el punto de inflexión en la doctrina del Tribunal Supremo. En el mismo sentido puede citarse la sentencia de 3 de junio de 1985 (RJ 1985\3203), aunque de forma menos categórica, puesto que en ella se habla de «apoyo indirecto en otros [pronunciamientos] anteriores»; entre ellos, la sentencia de 2 de julio de 1964.

¹³ Es preciso señalar que, en algunos de los supuestos afrontados por el Tribunal Supremo, el mantenimiento de los actos anulados después de transcurridos más de cuatro años habría sido contrario a la equidad. Aún más, contrario a toda lógica. Por ello, aunque en varios casos el Alto Tribunal declarase contrarios a Derecho los acuerdos de revisión por falta de dictamen del Consejo de Estado, dejaba abierta la posibilidad de una revisión posterior, no sujeta a plazo.

¹⁴ Un paso adicional, la admisión, con absoluta normalidad, de la acción de nulidad por los particulares *ex* artículo 109 LPA, también en el ámbito local, fue dado por la sentencia de 8 de julio de 1980 (RJ 1980\3010), de la que fue ponente don Pablo García Manzano.

¹⁵ Sentencia de 4 de enero de 1983 (RJ 2229). El problema residía en la vigencia del artículo 28.3 LJ, que establece —o establecía, aunque no ha sido formalmente derogado— que el recurso de lesividad sólo puede ejercitarse cuando la Administración no pueda realizar la anulación del acto administrativo por otro medio. El razonamiento del Tribunal Supremo es que el artículo 110 LPA, que fue reformado por la Ley 164/1963, de 2 de diciembre, para evitar problemas de interpretación, habría derogado ese artículo, anterior, de la LJ.

¹⁶ Por ejemplo, sentencia de 18 de febrero de 1972 (RJ 2000).

¹⁷ Era el artículo 1 la Ley de 25 de noviembre de 1944 el que consideraba al Consejo de Estado como «Supremo Cuerpo Consultivo en asuntos de Gobierno y Administración», mientras que la Ley Orgánica del Estado lo consideraba genéricamente como «órgano consultivo supremo de la Administración» (art. 40.IV LOE). El artículo 20 de la Ley de 25 de noviembre de 1944 se limitaba a establecer los órganos que podían consultar voluntariamente: el Jefe del Estado, el Gobierno o cualquier ministro.

recía configurarlo implícitamente como órgano consultivo del Gobierno de la Nación¹⁸.

En la sentencia de 3 de octubre de 1973 se reconoce la potestad de revisión a las entidades locales, pero se afirma la necesidad de exigir el dictamen favorable del Consejo de Estado también en este caso. Por ello se anula el acuerdo municipal, pese a que obraba en el expediente un dictamen de Letrado. El Tribunal Supremo se apoya en dos argumentos: que si el artículo 109 LPA era aplicable supletoriamente a las Administraciones locales, lo sería en su integridad¹⁹; y trajo a colación analógicamente la legislación especial del Ayuntamiento de Madrid, que preveía esa consulta²⁰.

En la sentencia de 9 de diciembre de 1974²¹ se plantea directamente si el dictamen que debe emitirse en los procedimientos de revisión es precisamente el del Consejo de Estado o puede ser sustituido por otro del ahora desaparecido «Servicio de Inspección y Asesoramiento de la Administración Local, o bien por el del Colegio de Abogados o el de un Letrado distinto del Consistorial». El Tribunal Supremo concluye que el Consejo de Estado no puede ser válidamente sustituido en la función que le atribuía el artículo 109 LPA, porque al tratarse de «cuestiones para las que, desde el lado *unificador de criterios* con los seguidos respecto a la Administración Central, resulta especialmente idónea la garantía del Consejo de Estado»²².

Pasados unos años, la evolución general del régimen jurídico local convertiría esa mención en casi superflua (de hecho, el TRLS de 1976 se remitía prácticamente al régimen general), pero cobraría otra importancia cuando en el TRLS de 1992, junto a la anulación de licencias, se incluyen los supuestos de retraso injustificado en su otorgamiento y, sobre todo, su denegación improcedente. Hay que adelantar que esta última mención incluida por el legislador ha resultado inocua: la línea jurisprudencial iniciada en los años ochenta, que minimiza, hasta casi hacerla desaparecer, la responsabilidad de la Administración pública por la denegación improcedente de licencias, se ha reafirmado plenamente tras la reforma legislativa de los años 1990-92.

En el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 se mantuvo, aunque no en sus términos literales, la posibilidad de revisar de oficio los actos ad-

¹⁸ Vid. Gerardo GARCÍA ÁLVAREZ (1997), *La función constitucional del Consejo de Estado*, Barcelona, Cedecs.

¹⁹ Si ello planteaba problemas de aplicación —continuaba su argumentación el Tribunal Supremo—, el Gobierno debería hacer uso de las posibilidades de adaptación de la normativa local que le confería la Disposición Adicional Cuarta de la LPA; en todo caso, no era papel de los Tribunales de Justicia.

²⁰ Puesto que el artículo 73 de la Ley especial del municipio de Madrid de 1963 reconocía a esta entidad la potestad de revisión de oficio sin eximirle de solicitar el dictamen del Consejo de Estado y sin establecer ningún procedimiento especial para solicitar ese parecer, puede inducirse que también será accesible al resto de las Corporaciones locales, sin entrar en más detalles.

²¹ RJ 1974/5025. El ponente fue, igual que en la sentencia anterior, don Aurelio Botella y Taza.

²² Este argumento es empleado también en la sentencia de 17 de noviembre de 1977 (RJ 4356).

ministrativos, no meramente las licencias, aunque, tras la LBRL de 1985, ésta fuese una reiteración innecesaria. En los términos del artículo 302:

«Las Entidades locales podrán revisar de oficio sus actos y acuerdos en materia de urbanismo con arreglo a lo dispuesto en los artículos 109 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo».

Sin embargo, sí existe una cierta novedad, puesto que, aunque se mantiene la remisión al régimen general de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, aparecen por primera vez dos supuestos adicionales al tradicional de la anulación de licencias, referidos ambos al tratamiento dado a las solicitudes de licencias urbanísticas realizadas por los particulares: la demora injustificada en su tramitación y los supuestos en que dichas solicitudes sean finalmente denegadas de forma ilegal. En los términos literales del artículo 240 TRLS de 1992:

«En los supuestos de anulación de licencia, demora injustificada en su otorgamiento o denegación improcedente, los perjudicados podrán reclamar de la Administración actuante el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, en los casos y con la concurrencia de los requisitos establecidos en las normas que regulan con carácter general dicha responsabilidad. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado».

En la LRSV de 1998, en cuyo artículo 44.2 apenas se introducen algunos mínimos cambios de estilo:

«Cuando se produzca la anulación de una licencia, demora injustificada en su otorgamiento o su denegación improcedente, los perjudicados podrán reclamar de la Administración el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, en los casos y con la concurrencia de los requisitos establecidos en las normas que regulan con carácter general dicha responsabilidad. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado».

Hay que señalar que este precepto fue dictado en ejercicio de la competencia legislativa «plena» del Estado, a diferencia de lo que sucede con los restantes supuestos indemnizatorios, que tienen carácter meramente de legislación básica (LRSV, Disposición Final Única).

En la Ley vigente se contemplan tres supuestos que tienen algunas características peculiares y que han generado una conflictividad muy desigual.

Primero, la *anulación* de la licencia, es decir, la declaración de su ilegalidad y consiguiente invalidez, sea en vía administrativa o contencioso-administrativa. Lo primero que hay que indicar es que, por aplicación de las reglas generales, la simple anulación no comporta la existencia de lesión indemnizable (LPC, art. 142.2). Es preciso, en consecuencia, que se haya producido un daño efectivo, que, esto sí, de haberse producido, siempre debería ser considerado antijurídico. Ahora bien, nunca podrá considerarse patrimonializado un aprovechamiento ilegal, y como tal habrá que considerar el recogido en una licencia anulada precisamente debido a su ilegalidad. En consecuencia, sólo serán indemnizables los gastos en que se haya incurrido en función de la expectativa generada por la Administración pública al otorgar una licencia con apariencia de legalidad²³, aunque en algún caso se hayan incluido las expectativas²⁴ o los costes de redacción de un nuevo proyecto²⁵, pero en ningún caso el lucro cesante derivado de la pérdida de lo que es preciso considerar como simples expectativas, no derechos efectivos integrados en el patrimonio del propietario del suelo.

Segundo, *demora injustificada* en el otorgamiento de la licencia. En este caso, el problema podría residir en que para el procedimiento de otorgamiento de las licencias urbanísticas rige con carácter general el silencio administrativo positivo, régimen tradicional derivado tanto de la legislación supletoria estatal como de la regla general establecida en la legislación básica de procedimiento (LPC, art. 43.2), por lo que se entienden otorgadas con el mero transcurso del plazo de que dispone la Administración para resolver y notificar. Sin embargo, aunque su vigencia resulte dudosa, no ha sido formalmente derogado el artículo 242.6 TRLS de 1992, que también tiene carácter básico:

«En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico».

Este precepto, justificado en su momento por las circunstancias sociales y, especialmente, por la necesidad de atajar determinadas situaciones de corrupción, genera una gran inseguridad jurídica y puede haber sido decisivo para que la jurisprudencia afirme que, con carácter general, no es exigible llevar adelante las labores de edificación sin licencia expresa²⁶.

En todo caso, no se trata de una responsabilidad por el mero incumplimiento del plazo para resolver y notificar: la demora puede encontrarse justificada por dificultades objetivas²⁷, quedar compensada por la falta de

²³ STS de 28 de octubre de 1997 (RJ 1997\8196).

²⁴ STS de 28 de mayo de 1997 (RJ 1997\4412).

²⁵ STS de 2 de octubre de 1999 (RJ 1999\8323).

²⁶ SSTS de 30 de abril de 1991 (RJ 3437), de 18 de octubre de 1994 (RJ 7524) o de 28 de octubre de 1997 (RJ 1997\8196).

²⁷ STS de 28 de octubre de 1997 (RJ 1997\8196).

diligencia del perjudicado²⁸ o ser imputable a la interferencia de otra Administración pública²⁹.

Tercero, *denegación improcedente*, con mucho el supuesto de los tres que ha generado mayor conflictividad y que es causa de la línea jurisprudencial que ha terminado por extenderse a los planes urbanísticos. Por aplicación de las reglas generales, existe la posibilidad de reclamar judicialmente de forma simultánea el reconocimiento de la licencia y la indemnización. Si no se hiciese así, el plazo de prescripción de la acción será de un año a partir de la estimación del recurso administrativo o de la sentencia estimatoria de la demanda, por las que se declare la ilegalidad de la resolución denegatoria. Se incluirían en este supuesto los casos en que la licencia se otorga, pero se condiciona indebidamente³⁰.

III. LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL «MARGEN DE TOLERANCIA» O «ESCALA DE LA DISCRECIONALIDAD» EN LA DENEGACIÓN IMPROCEDENTE DE LICENCIAS

Como ya se ha señalado en el epígrafe anterior, los tres supuestos de funcionamiento anormal de la Administración en relación con las licencias urbanísticas recogidos en el TRLS de 1992 y en la LRSV de 1998 han tenido un tratamiento jurisprudencial muy diferente: ampliatorio en el caso de las dilaciones indebidas, reconocido por el Tribunal Supremo pese al carácter positivo del silencio; matizado en el caso de la anulación de licencias, que se reconducen al principio general de indemnización de los gastos realizados para el cumplimiento de los deberes urbanísticos cuando no se plasman en la adquisición del aprovechamiento por causas no imputables al particular; francamente restrictivo en el supuesto de la denegación improcedente, que ha sido objeto de una reducción progresiva y, a mi juicio, excesiva.

A) *La línea jurisprudencial mayoritaria: el deber jurídico de soportar cuando el acto administrativo anulado sea «razonado y razonable»*

La desvinculación entre anulación de la denegación de una licencia, autorización o permiso o, simplemente, la anulación de un acto administrativo, y el reconocimiento de un derecho a la indemnización, la mayor parte de las veces sin plantearse si ha podido existir un daño efectivo, no es algo privativo del urbanismo y, específicamente, de las licencias urbanísticas, aunque éste sea su campo de aplicación más notable. En consecuencia, parece pertinente un somero examen del contexto jurisprudencial antes de entrar a examinar el origen, desarrollo y alcance de la doctrina del Tribunal Supremo en el campo específico que nos ocupa.

²⁸ SSTS de 19 de octubre de 1981 (RJ 6761) o de 25 de octubre de 1988 (RJ 7853).

²⁹ STS de 10 de junio de 1986 (RJ 6761).

³⁰ STS de 16 de noviembre de 1982 (RJ 1982\7277).

a) *El origen de la doctrina.*

Es fácil encontrar en las sentencias más recientes referencias, incluso muy destacadas, a la sentencia de 5 de febrero de 1996, ya citada, como el origen de la línea jurisprudencial mayoritaria. Sin embargo, también es posible traer a colación hasta cuatro precedentes anteriores, dos de ellos en la materia específica que nos ocupa, la denegación improcedente de licencias urbanísticas, aunque no el primero cronológicamente: la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1981 (RJ 1981\5427), dictada como consecuencia de un recurso de apelación relativo a una licencia de instalación de actividad molesta³¹. El Tribunal de instancia había estimado el recurso contencioso-administrativo, declarando que procedía otorgar la licencia de instalación de actividad molesta, aunque subordinándola al cumplimiento de las condiciones de la Comisión Provincial de Servicios Técnicos. En el acto administrativo recurrido, el Ayuntamiento había obrado a la inversa: la había denegado en tanto no se cumpliesen dichas condiciones (hay que tener en cuenta que se trataba de legalizar una actividad que venía ya siendo realizada). Además de acordar el otorgamiento de la licencia, el Tribunal de instancia también había otorgado indemnización, que fue lo único recurrido ante el Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo estimó el recurso de apelación y anuló la indemnización, con apoyo expreso en el artículo 40 LRJAE —recuérdese, «la simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales contenciosos de las resoluciones administrativas, no presupone derecho a indemnización»—, con el siguiente razonamiento:

«siendo innegable que toda denegación administrativa de una petición ocasiona siempre alguna clase de perjuicio al solicitante, este perjuicio no puede imputarse a la responsabilidad de la Administración por la sola razón de que la jurisdicción contenciosa anule el acto administrativo al estimar que los fundamentos jurídicos que lo sostienen no son los legalmente correctos, pues es inaceptable negar a la Administración el derecho a resolver según los criterios que, siendo opinables dentro de la relatividad que a toda decisión jurídica imprime la estructura problemática de la ciencia del Derecho, considere ser los más adecuados a la legalidad vigente e imputarle responsabilidad cuando dichos criterios no prosperen en la revisión judicial que de los mismos promueva el afectado por la decisión administrativa».

³¹ En 1983, MONTORO no apreció la existencia de especialidades en el supuesto de denegación improcedente de licencias, entendiéndola únicamente necesaria la prueba del daño para obtener su indemnización. Esta autora aduce en apoyo de su posición, entre otras, la STS de 15 de febrero de 1980 (RJ 2709). Vid. María Jesús MONTORO CHINER (1983, págs. 191-193).

Sin embargo, las circunstancias del caso concreto parecen haber primado sobre las bases teóricas de la argumentación referida. Primero, porque no sabemos cuál podría haber sido la resolución del Tribunal Supremo si el recurso de apelación no se hubiese limitado a cuestionar la indemnización otorgada. Segundo, porque del conjunto de la argumentación de la sentencia puede deducirse que el Alto Tribunal no consideraba que se diese el requisito de la existencia de lesión en sentido técnico, pero quizá no tanto por la existencia de una obligación jurídica de soportar cuanto por la falta de efectividad del daño.

El segundo de los pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que pueden citarse es el realizado en la sentencia de 10 junio 1986 (RJ 1986\6761), en la que se examinaba la denegación de una solicitud de licencia para edificar varias viviendas y locales comerciales, resolución que se apoyaba en que no habían quedado claros, a juicio del Ayuntamiento, los límites de las propiedades en la zona en la que se quería edificar. El argumento principal para denegar la indemnización solicitada fue el carácter controvertido de la cuestión, olvidando que la regla de Derecho empleada tanto en instancia como en apelación era perfectamente reconducible a la regla tradicional de que «las autorizaciones y licencias se entenderán otorgadas salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de tercero»³².

De todas formas, merece la pena hacer un somero repaso de la argumentación de la sentencia. Empezando por alguno de los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada aceptados por el Tribunal Supremo, en los que está la parte más elaborada técnicamente de la argumentación. El argumento decisivo:

«no cabe por el contrario apreciar la antijuridicidad en la lesión, por la simple anulación del acuerdo adoptado en vía administrativa, cuando *la sutileza de la ilegalidad, sólo haya podido decantarse en la más alta instancia jurisprudencial*, dato por sí solo, revelador de la necesidad de descartar el carácter manifiesto de la torpeza de criterio denegatorio mantenido por la Administración local, máxime si *como ocurre en materia de licencias municipales, la jurisprudencia abunda en la tesis liberatoria de la responsabilidad patrimonial, de no concurrir una flagrante desatención normativa*, ausente en el marco de la compleja problemática urbanística contemplado en el recurso» (fto. jco. quinto).

De esta manera se estaría aplicando una doctrina, que se atribuye a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1980, que no ha podido ser localizada en ninguno de los repertorios jurisprudenciales al uso, pero que se cita en los siguientes términos:

³² Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 junio 1955, artículo 12.1.

«[se] reputa inaceptable negar a la administración el derecho a resolver según los criterios, que siendo *opinables*, dentro de la relatividad que a toda decisión jurídica imprime la *estructura problemática de la ciencia del derecho*, considere ser los más adecuados a la legalidad vigente, e imputarle responsabilidad cuando dichos criterios no prosperen en la revisión judicial que de los mismos promueva el afectado por la decisión administrativa» (fto. jco. primero).

Puede sospecharse que en la posición de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valladolid, que conoció en primera instancia, pudo pesar el hecho de que en su momento hubiese confirmado la decisión de la Administración, que sólo fue anulada cuando el asunto llegó al Tribunal Supremo. Sin embargo, el Alto Tribunal se muestra de acuerdo con la decisión adoptada sobre la ausencia de responsabilidad patrimonial de la Administración. En los fundamentos jurídicos elaborados directamente por el Tribunal Supremo no encontramos una preocupación teórica; de hecho, su fundamentación es bastante poco depurada técnicamente. El meollo de la argumentación utilizada sería el siguiente:

«no es de apreciar la antijuridicidad de la lesión, sino que tampoco lo es por una actuación negligente del Ayuntamiento o alguno de sus componentes, cuyo silencio en concederla, puede añadirse aquí, se debió precisamente a tratar de aclarar las dudas que la documentación presentada con la petición, suscitaba sobre la delimitación del solar, donde se proyectaba levantar la edificación y la posible incidencia urbanística, y cuya solución no se opuso como indiscutible hasta la sentencia de esta Sala, que en definitiva precisamente estableció como hecho fundamental y decisivo, el de que se había solicitado la licencia, prescindiendo de un determinado terreno».

Que no existiese una actitud negligente de autoridades y funcionarios, pese a lo cual el acto administrativo fue anulado, se convierte en la causa fundamental de la inexistencia de responsabilidad, de acuerdo con el Tribunal Supremo. De hecho, en las sentencias posteriores tendrían más eco los fundamentos de la sentencia de la Audiencia Territorial aceptados, eso sí, por el Tribunal Supremo. De hecho, en la siguiente sentencia de la serie, la de 15 de noviembre de 1989 (RJ 1989\8336), se hará referencia a la de 10 de junio de 1986, pero los párrafos de ella que se parafrasearán para fundar su fallo proceden de la sentencia de la Audiencia.

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 noviembre 1989 aparece como una de las más decisivas en la consolidación de la línea jurisprudencial estudiada. Los hechos son relativamente simples: se deniega por la Administración de la Comunidad Autónoma vasca, que actúa por subroga-

ción la competencia que correspondía al Ayuntamiento de Oyarzun, la licencia solicitada para la reconstrucción interior de un edificio situado en una zona clasificada por el planeamiento, no adaptado al TRLS de 1976, como «reserva urbana», por lo que, al contar con todos los servicios urbanísticos, debía considerarse como suelo urbano de acuerdo con el Decreto-Ley 16/1981, lo que se declara en instancia y en apelación. No obstante, la sentencia de instancia deniega la indemnización también solicitada junto con la anulación del acto administrativo de denegación, por lo que la solicitante de la licencia apela en cuanto a la denegación de indemnización, como se dice en la sentencia del Tribunal Supremo, «concretándola en los perjuicios derivados del bloqueo del capital representado por el valor del terreno y de la parte del edificio no sujeta a reconstrucción, y en los intereses de las cantidades satisfechas en concepto de honorarios del proyecto». El Alto Tribunal parece dudar de la efectividad económica del daño, pero no es ése el fundamento explícito de la denegación de responsabilidad de la Administración (fto. jco. tercero):

«[la solicitud de indemnización] tampoco puede ser estimada, motivo por el que se impone la total confirmación de la sentencia apelada. En efecto, *prescindiendo de toda consideración acerca de si la misma ha experimentado o no un quebranto patrimonial* por los conceptos que expresa y de si éste, en su caso, está en una relación de *causa a efecto* respecto de la actuación administrativa».

El Alto Tribunal expresa su conformidad con la interpretación que de su propia doctrina había hecho el Tribunal de instancia, especialmente con la ya varias veces citada sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1986, doctrina que el propio Tribunal resume en estos términos:

«el requisito insoslayable de la responsabilidad patrimonial de la Administración de la antijuricidad del daño o lesión, ha establecido que no cabe apreciar ésta por la simple anulación del acto administrativo cuando la *sutileza de la ilegalidad* del mismo sólo haya podido decantarse en la más alta instancia jurisdiccional, dato revelador de la necesidad de destacar el *carácter manifiesto* de la torpeza del criterio mantenido por la Administración, y *máxime en materia de licencias municipales, en que la tesis liberatoria de la responsabilidad patrimonial se impone de no concurrir una flagrante desatención normativa*, situación que no se da en el supuesto que nos ocupa».

Tenemos ya aquí, claramente expresada, la doctrina de la ilegalidad cualificada, única capaz de generar responsabilidad patrimonial por la anulación del acto administrativo, con independencia de que concurra o no relación de causalidad, con independencia de que concurra o no daño

efectivo. Y, de acuerdo con el Tribunal Supremo, si éste es el régimen general, se vería reforzado en relación con las licencias municipales, por más que busquemos infructuosamente en el texto de la sentencia cualquier indicio del motivo de que haya una especial tolerancia respecto a la comisión de ilegalidades en el ámbito de la Administración local, al menos en materia de licencias. La posición del Tribunal Supremo queda más claramente mostrada si se tiene en cuenta que, dadas las circunstancias del caso —era un supuesto de autopromoción—, era más fácil que en otros negar la existencia de un daño cuantificable económicamente. En esta sentencia de 1989 parece perfectamente pergeñada la doctrina actualmente dominante, aunque la proliferación de este tipo de sentencias no se produciría sino varios años más tarde.

La última de las sentencias del Tribunal Supremo que podemos considerar antecedente de la línea actual sería la de 23 noviembre 1993 (RJ 1993\10050), que tuvo por objeto la reclamación de los daños causados por la denegación errónea del permiso de explotación de una máquina tragaperras. No obstante, este pronunciamiento es quizá menos claro, porque el rechazo de la indemnización se argumentó aduciendo, primero, el carácter razonable de la denegación, debida a un error de identificación, cuya responsabilidad no ha quedado acreditada —dos máquinas tragaperras tenían el mismo número de identificación—; pero, segundo, también se esgrimía la no acreditación de los perjuicios sufridos por el recurrente.

En los términos empleados por el Tribunal Supremo (fto. jco. tercero):

«Como bien matizaba el art. 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26-7-1957, la simple anulación de las resoluciones administrativas no presupone derecho o indemnización y menos aún, en el presente supuesto, *donde las resoluciones administrativas, si bien fueron anuladas, en absoluto eran clara o manifiestamente ilegales, sino por el contrario, fueron producto de una lógica, aunque equivocada a juicio de esta Sala, y bien construida argumentación jurídica*».

No obstante, en la sentencia se recuerda también que el daño al que se refiere la normativa legal como requisito de la indemnización ha de ser «real y efectivo», y que su existencia tiene que ser probada por quien reclama la indemnización para que pueda acordarse su procedencia, aunque pueda dejarse para un momento posterior su concreción y, en consecuencia, baste con establecer en la sentencia las bases para determinar la cuantía, dejando su materialización a los trámites de ejecución de sentencia. La posición en este punto es más significativa, porque corrige la posición de la sentencia impugnada, que partía del hecho de que la no explotación o utilización de la máquina tragaperras no autorizada era un hecho negativo y que, por tanto, no podía válidamente hacerse recaer la carga de su prueba sobre el reclamante, porque la prueba de un hecho negativo de estas características es tan difícil que devendría en casi imposible conseguir el re-

conocimiento del derecho de la indemnización en estos casos, siendo más factible la prueba por la Administración en caso de que no se hubiese producido esa paralización de la explotación. Esta valoración de la carga probatoria, según el Tribunal Supremo, no sólo supondría expreso reconocimiento de la falta de probanza de la existencia del daño, sino que revelaría una apreciación defectuosa de la realidad de los hechos:

«En el supuesto aquí enjuiciado no ha existido probanza alguna sobre la realidad material, efectiva y concreta del daño, sino una simple alegación de su existencia basada en la no explotación de las máquinas recreativas. (...) La falta de probanza sobre la no explotación de las máquinas recreativas aquí cuestionadas, no obstante la fácil acreditación, de tal extremo —independientemente de su legalidad— presupone la inexistencia probatoria de los perjuicios alegados...».

Hay un tercer elemento a considerar, aunque esté implícito. El motivo del error de la Administración pública no fue una cuestión de errónea interpretación del Derecho aplicable, sino una cuestión de hecho —no se renovó el permiso de explotación de la máquina debido a que su número de identificación coincidía con el de otra cuyo permiso ya se había renovado—; es decir, un error cuya autoría no pudo determinarse. En otros términos, lo que subyace es un problema de imputación, aunque se exprese en el lenguaje del margen de tolerancia en la aplicación razonable del Derecho.

b) *La consolidación de la línea jurisprudencial: la sentencia de 5 de febrero de 1996.*

La sentencia de 5 de febrero de 1996³³ ha sido considerada, tanto por la doctrina³⁴ como en las sentencias posteriores, el pronunciamiento fundacional de la línea jurisprudencial que le seguiría, pese a que en ella se cite y se acoja formalmente la sentencia de 20 de febrero de 1989. Sin embargo, el esfuerzo de argumentación que se hizo en esta sentencia fue muy superior al de las sentencias que le habían precedido. Por otra parte, no cabe duda de que los magistrados que dictaron la sentencia eran muy conscientes del alcance de su doctrina, y ello queda demostrado por el hecho de que a esta sentencia se le formulase un voto particular, algo que no había sucedido en ninguna de las que le habían precedido. Por lo demás, el supuesto era un poco atípico respecto a otros pronunciamientos similares: la denegación administrativa de apertura de una farmacia por existencia

³³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 5 febrero 1996 (RJ 1996\987). Recurso núm. 2034/1993. Ponente: José Manuel Seira Miguez.

³⁴ En este sentido, Tomás FONT I LLOVET (2000a, pág. 22) y Enrique SÁNCHEZ GOYANES (2003, pág. 14).

de núcleo separado de población, confirmada en primera instancia y anulada en apelación por el Tribunal Supremo.

El núcleo de la argumentación se halla en el fundamento jurídico tercero, al que se refieren las citas que se harán a continuación. Por empezar por el punto de llegada de la argumentación del Tribunal Supremo, en determinados supuestos no puede decirse que exista un derecho subjetivo incorporado al patrimonio del particular que haya podido ser afectado, perjudicado, por la resolución anulada judicialmente:

«Lo hasta aquí razonado permite que en la valoración del caso concreto, (...) puedan operar, para la determinación de la concurrencia del requisito de antijuridicidad de la lesión que se examina, datos de especial relevancia cual sería *la alteración o no de la situación jurídica en que el perjudicado estuviera antes de producirse la resolución anulada o su ejecución*, ya que no puede afirmarse que se produzca tal alteración cuando *la preexistencia del derecho no puede sostenerse al estar condicionado a la valoración, con un margen de apreciación subjetivo, por la Administración de un concepto en sí mismo indeterminado*».

En suma, no existe derecho subjetivo antes de la resolución administrativa o judicial que lo reconoce, por lo que no ha podido existir daño o lesión antijurídica. El argumento de la falta de patrimonialización del derecho supuestamente lesionado ha sido utilizado en muchas ocasiones en diversas sentencias, especialmente en materia urbanística, pero siempre refiriéndolo a actuaciones perfectamente legales y, fundamentalmente, de carácter normativo y, por tanto, con alcance general y objetivo, como pueda ser la alteración de planes urbanísticos. La novedad en este caso es que la inexistencia de un derecho subjetivo se utiliza no ya con ocasión de un acto administrativo de destinatario particular, sino que además se trata de un acto administrativo declarado ilegal por un órgano judicial, con independencia de la buena fe de quienes intervinieran en su adopción. El argumento no es nuevo. CLAVERO señalaba la existencia de una polémica en tal sentido en la doctrina italiana: frente a la posición de quienes estimaban que no podía existir un derecho subjetivo perfecto a edificar mientras no existiese autorización, la de quienes estimaban que se trataba de una autorización reglada y que todo impedimento ilegal al ejercicio de un derecho preexistente debería dar lugar a una indemnización cuando el perjuicio sea efectivo, posición por la que se decanta el propio autor³⁵.

Para llegar a la conclusión de que no existiría un derecho preexistente lesionado, el Tribunal Supremo entra en la teoría de la discrecionalidad (de ahí que por FONT se haya hablado para caracterizar esta línea jurisprudencial de «escala de la discrecionalidad», como se señaló en su momen-

³⁵ Vid. Manuel Francisco CLAVERO ARÉVALO (1976), *El nuevo régimen de las licencias de urbanismo*, Madrid, Civitas, pág. 121.

to), aunque lo haga en términos muy discutibles (de hecho, ése es el núcleo del disenso expresado en el voto particular).

El Tribunal Supremo parte de la idea de que el deber jurídico de soportar es algo fácil de determinar en el caso del funcionamiento de los servicios públicos —probablemente se trate de una alusión elíptica a la teoría del riesgo como criterio de imputación de la lesión—, pero esto es mucho más difícil en el caso de los actos administrativos, especialmente en los supuestos de actos de contenido discrecional:

«En los supuestos de ejercicio de *potestades discrecionales* por la Administración, el legislador ha querido que ésta actúe libremente dentro de unos *márgenes de apreciación* con la sola exigencia de que se respeten los aspectos reglados que puedan existir, de tal manera que el actuar de la Administración no se convierta en arbitrariedad al estar ésta rechazada por el artículo 9.3 de la Constitución. En estos supuestos parece que *no existiría duda de que siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no sólo razonados sino razonables debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica*, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio siempre que éste se llevase a cabo en los términos antedichos; estaríamos pues ante un supuesto en el que existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo».

La argumentación del Tribunal Supremo es en sí muy discutible, porque la existencia de discrecionalidad comporta un margen de apreciación para la Administración pública, pero si un órgano judicial ha anulado ese acto —a no ser que el juez o tribunal se haya excedido— es que ese margen de apreciación ha sido traspasado. Pero sería mucho más discutible si lo ponemos en relación con el caso concreto: la autorización de apertura de una nueva farmacia por la existencia de un «núcleo separado» o «núcleo farmacéutico» nunca se ha considerado un acto discrecional, prueba de lo cual es que el juez se arroga el poder de sustitución, no limitándose a anular el acto impugnado cuando lo considera ilegal; estamos ante el clásico supuesto de concepto jurídico indeterminado³⁶. El Tribunal Supremo es consciente de esta dificultad:

³⁶ La noción de «núcleo separado de población» se encuentra en el artículo 3 del Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, y la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2004 (número de recurso 1278/2001) resume así la jurisprudencia recaída al respecto: «para la noción de núcleo farmacéutico, lo decisivo es la existencia de una población de, al menos 2.000 habitantes, que encontrándose en una situación de especial insuficiencia en relación con el servicio farmacéutico que prestan las oficinas de farmacia instaladas, por razón de peligro, riesgo o incluso incomodidad derivado de cualquier circunstancia, ya sean obstáculos naturales, artificiales o, incluso, excesiva de distancia, vea mejorada, en su conjunto, la prestación de dicho servicio como consecuencia de la instalación de la nueva

«El caso que contemplamos, sin embargo, *no se agota* en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales dentro de los parámetros que exige el artículo 9.3 de la Constitución, sino que *ha de extenderse a aquellos supuestos, asimilables a éstos*, en que en la aplicación por la Administración de la norma jurídica al caso concreto *no haya de atender sólo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no del derecho en la esfera del administrado*, sino que la norma antes de ser aplicada *ha de integrarse mediante la apreciación, necesariamente subjetivada, por parte de la Administración llamada a aplicarla, de conceptos indeterminados determinantes del sentido de la resolución*. En tales supuestos es necesario reconocer un determinado *margen de apreciación* a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de *márgenes razonados y razonables* conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, *haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión* y por tanto faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ello es así porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva sobre sus pretensiones, en los supuestos en que para ello haya de valorar conceptos indeterminados o la norma legal o reglamentaria remita a criterios valorativos para cuya determinación exista un cierto margen de apreciación, aun cuando tal apreciación haya de efectuarse dentro de los márgenes que han quedado expuestos, *conlleva el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración* siempre que se efectúe en la forma anteriormente descrita. Lo contrario podría incluso generar *graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad* de sus resoluciones».

Dejando de lado la pragmática consideración final, el resumen de la argumentación referida parece ser éste: en caso de discrecionalidad administrativa o también de la concurrencia de conceptos indeterminados, diferentes de los actos de contenido reglado en sentido estricto, el derecho no existe hasta que no ha sido reconocido por una instancia competente, sea ésta la Administración o el órgano judicial que revise sus decisiones. En consecuencia, el retraso derivado de la necesidad de acudir a la jurisdicción para hacer valer sus intereses —según el Tribunal Supremo, no puede

oficina de farmacia que se solicita». La conflictividad que ha generado este supuesto deriva de que en estos casos no se sigue el principio de mérito y capacidad para asignar la autorización de apertura, sino que en caso de apreciarse la existencia de «núcleo» la autorización se expide a favor del farmacéutico primer solicitante.

hablarse de derechos— no constituye una lesión antijurídica. Sin embargo —y éste es un matiz de difícil justificación teórica, pero de gran importancia práctica—, esta exoneración sólo se produce si la ilegalidad cometida por la Administración al resolver, aun siendo suficiente para anular el acto administrativo, no ha llegado al extremo de poder ser considerada como arbitrariedad.

Lo curioso es que, en el fundamento jurídico segundo, el Tribunal Supremo había rechazado, con cita de la sentencia de 20 de julio de 1989, la teoría del «margen de tolerancia», aunque no lo hiciera de forma absoluta:

«[el régimen vigente] es una responsabilidad objetiva que no precisa en consecuencia de un actuar culposo o negligente del agente, *expresamente rechaza la tesis de lo que se ha denominado “margen de tolerancia”*, rechazo que reiteramos por las razones expuestas en la citada sentencia en el sentido de que tal tesis, *que pudiera ser aplicada en casos extremos*, pugna con la declaración constitucional del artículo 106 [de la Constitución]».

Lo que no dice el Tribunal Supremo es en qué se diferencia la doctrina que aplica de la del margen de tolerancia, ni cuáles podrían ser, aparte de aquellos similares al caso que enjuicia, esos casos extremos a que se hace referencia. Aspectos todos ellos que son puestos de relieve por el Magistrado del Tribunal Supremo Jesús Ernesto Pérez Morate en su voto particular, que incide en dos aspectos.

Primero, en el voto particular se hace una interpretación —a mi juicio— correcta de la discrecionalidad, además de distinguir netamente los supuestos de discrecionalidad de los casos de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados:

«No cabe duda de que la Administración, cuando decide, está haciendo uso de una potestad al mismo tiempo que cumpliendo un deber, pero *para quedar amparada su actuación por una causa de justificación, que la exonere de responsabilidad, ha de resolver conforme a Derecho* porque su actuación está sometida a la Ley y al Derecho (artículos 103.1 de la Constitución y 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). *Sólo cuando así se pronuncia, el daño que cause no será antijurídico, pues el perjudicado por una decisión contraria a Derecho no tiene el deber de soportarlo*».

Segundo, se señala una influencia indebida de la regulación constitucional y legal de la responsabilidad del Poder Judicial, que sólo se produce por funcionamiento anormal. Este dato tiene una gran importancia, porque hace expresa una fuente de inspiración que no aparece de forma explícita en la argumentación de la sentencia. En el voto particular, lúcidamen-

te, se pone de relieve la similitud de lo que no dejan de ser dos modalidades de aplicación del Derecho, sea por la Administración o por un órgano judicial, pero también se señalan las diferencias:

«Los *distintos fines* de la Administración y de la Jurisdicción justifican el diferente régimen de responsabilidad de una y otra, el de la primera de naturaleza objetiva y el de la segunda sólo en los supuestos de funcionamiento anormal o de error judicial (artículos 121 de la Constitución y 292 a 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), pero la tesis de la mayoría matiza, en nuestra modesta opinión indebidamente, el error determinante de responsabilidad por perjuicios causados como consecuencia de resoluciones administrativas anuladas por ser contrarias a Derecho *con modulaciones que inciden en la teoría del margen de tolerancia y que pueden ser admisibles en el error judicial por el aludido diferente significado que una y otra tienen pero que no resultan acordes con la estructura legal y jurisprudencial de responsabilidad objetiva o por el resultado a que está sujeta la actuación de la Administración*, justificada, precisamente, por sus propios objetivos de gestionar los intereses generales asegurando los riesgos derivados de ese cometido».

c) *Pronunciamientos posteriores: la inaplicación de la exoneración a determinadas actividades y daños.*

La fundamental sentencia de 5 de febrero de 1996 fue inmediatamente seguida por la de 31 de mayo de 1997 (RJ 1997/4418), en la que confluó la doctrina anterior —se cita expresamente su sentencia antecedente, aunque afirmando que no consagra un «principio de exoneración», frente a las alegaciones del Abogado del Estado— con la doctrina sobre la indemnización de los gastos de aval producidos, fundamentalmente en materia tributaria, por la necesidad de asegurar durante la duración de la tramitación de los recursos las cantidades establecidas en el acto recurrido, generalmente de liquidación de un impuesto, para evitar su ejecución forzosa. Por otra parte, el ponente de esta sentencia fue el autor del voto particular a la anterior, el Magistrado Peces Morate. El resultado de todo ello es que el Tribunal Supremo afirmó una vez más el automatismo de la indemnización de los gastos de aval en casos como el resuelto en la sentencia, en el que la liquidación hecha por cuatro actas de inspección en materia de impuesto de sociedades fue anulada por el Tribunal Económico-Administrativo Central después de haber sido confirmada por el Regional. Ciertamente, no estábamos ante un acto discrecional, sino puramente reglado, pero el Tribunal Supremo no se molestó siquiera en puntualizar este extremo.

Se pueden citar hasta tres sentencias posteriores en las que ha tenido incidencia la doctrina dominante, para negar su concurrencia en el caso

concreto y declarar la responsabilidad —sentencia de 4 de noviembre de 1997— o para aplicarla, aunque en términos no tan concluyentes como los referidos —sentencias de 28 de junio de 1999 y de 18 de febrero de 2003—, ninguna de ellas relativa a licencias urbanísticas, aunque sí una en una materia con incidencia urbanística, como pueda ser una licencia de instalación de actividad clasificada, que concurriría con una licencia de edificación, aunque éste fue precisamente el caso en el que se declaró la responsabilidad de la Administración.

En el caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 4 noviembre 1997 (RJ 1997\8203) puede apreciarse una cierta contumacia de la Administración local implicada —el municipio de Barx, en Valencia—, aunque por el Tribunal Supremo se descarte implícitamente la concurrencia de motivos espurios. Los hechos, muy resumidos, pueden esquematizarse en la siguiente secuencia: denegación de la licencia de instalación para una granja avícola que, al parecer, ya venía funcionando, resolución negativa que se produjo aun contando con informe positivo de la Subcomisión de Actividades Clasificadas, por aplicación de unas Normas Subsidiarias municipales todavía no aprobadas definitivamente, denegación que fue anulada judicialmente; denegación de la licencia de obras para la construcción de la granja avícola, denegación también anulada judicialmente, aunque se había producido ya la demolición de la granja, construida sin licencia, antes de la sentencia; otorgamiento de la licencia de obras en ejecución de sentencia, y revocación de la misma en el mismo acto, sin señalar indemnización, aunque remitiéndose a un momento posterior; finalmente, denegación por silencio de la solicitud de indemnización.

En la sentencia se admite expresamente la jurisprudencia mayoritaria sobre la existencia de un margen de apreciación en el ejercicio de las potestades discrecionales, matizado por las exigencias de la seguridad jurídica, pero, pese a ello, acuerda la indemnización, por los motivos siguientes: primero, las reglas generales, que limitan la responsabilidad de la Administración pública para los casos de actividad jurídica, deben exceptuarse en los casos en los que haya habido ejecución forzosa del acto administrativo de denegación, posteriormente anulado (las obras de edificación eran ilegales —se había construido sin licencia—, pero legalizables, como declaró la sentencia posterior); segundo, la anulación de la denegación se hizo por motivos estrictamente reglados, como fue la indebida aplicación de un instrumento urbanístico que no se hallaba en vigor.

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 junio 1999 (RJ 1999\7143) es completamente extraña a la materia urbanística. El origen de la reclamación que terminaría resolviendo el Tribunal Supremo fue la prohibición administrativa —posteriormente anulada por la Audiencia Nacional— de exhibir en los locales de cinematografía existentes en el territorio español una película de dibujos animados con su título original («Mazinger Z»), aunque fue autorizada y proyectada con otro nombre («Koji y Sayara contra el Doctor Infierno»). La prohibición de la Dirección General de Cinematografía se debió al reconocimiento anterior por el Registro de la Propiedad Industrial del derecho a utilizar el título debatido a otra entidad

mercantil, acto administrativo que también sería anulado posteriormente. La sentencia se inscribe, según se declara en ella expresamente, en «la línea que se inicia mediante la Sentencia de 5 de febrero de 1996 (...), sienta la doctrina que la obligación de indemnizar exigida en el artículo 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, no es consecuencia obligada de la simple anulación de las resoluciones administrativas...». Como en otras sentencias anteriores, rechaza formalmente la doctrina del «margen de tolerancia», en línea con la sentencia de 20 de febrero de 1989, que cita expresamente, pero luego reproduce literalmente la argumentación de las anteriores sentencias sobre el deber jurídico de soportar en el caso de existencia de margen de apreciación a favor de la Administración, aunque la decisión sea anulada. No obstante, pese al esfuerzo dedicado a la transcripción de sentencias anteriores en este sentido, la razón determinante de la denegación de la indemnización no es ésta.

En efecto, el motivo determinante, como se deduce de los términos de la propia sentencia, habría sido la imposibilidad de imputar el daño a la Administración demandada (fto. quinto):

«... anuda el éxito de su pretensión indemnizatoria a la simple anulación de las Resoluciones administrativas impugnadas de 28 de julio de 1978 y 5 de marzo de 1984, por las Sentencias de la Audiencia Nacional de 23 de febrero de 1981 y 6 de octubre de 1986, sin combatir y acreditar por el cauce procesal adecuado *la causa o razón determinante de la Administración denegar la licencia por ella solicitada*, ya que según la Sentencia impugnada, no fue otra que *la previa inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial de la marca o título "Mazinger Z"* a favor de "Gofer Films, SA", acto administrativo que si bien fue posteriormente anulado por la autoridad judicial, *resultaba eficaz en el momento de producirse aquellos actos administrativos sobre los que la recurrente proyecta su derecho indemnizatorio*, de lo que se deduce la *inexistencia del nexo causal* determinante de la responsabilidad exigida».

En otros términos, el demandante identificó erróneamente a la persona jurídica a la que debía dirigir su reclamación³⁷. A ello se añadiría, de acuerdo con la sentencia, la falta de acreditación del daño. Efectivamente, demostrar el lucro cesante derivado del hecho de exhibir la película con un título en principio menos atractivo era enormemente difícil.

La inexistencia de daño efectivo parece también haber sido la causa del fallo contenido en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 febrero 2003

³⁷ El Organismo Autónomo «Registro de la Propiedad Industrial» fue creado por Ley 17/1975, de 2 de mayo. Pasó a denominarse «Oficina Española de Patentes y Marcas» en virtud de la Disposición Adicional Primera, 1, de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria. Tiene personalidad jurídica propia y está adscrito al Ministerio de Industria (Real Decreto 1270/1997, de 24 de julio, art. 1).

(RJ 2003\3630), en la que se examinó la reclamación de responsabilidad que siguió a la anulación del acto de rescate de una concesión administrativa sobre varios túneles ferroviarios en desuso para destinarlos al cultivo de champiñones. En esta sentencia se invoca, bien que de pasada, la doctrina sobre el carácter no automático de la responsabilidad en el caso de anulación de resoluciones. No obstante, la verdadera causa de denegación parece haber sido la inexistencia de daño efectivo. Aunque se reconozca en la sentencia como «un hecho incontestable» que la anulación por la Administración del título jurídico que permitía la utilización de los túneles pudo acarrear determinados daños al particular, posteriormente recurrente, al verse privado temporalmente —y coercitivamente— del título jurídico concedido para la plantación de champiñones, el Tribunal Supremo matiza el alcance de esos daños:

«Lo cierto es que, en el caso que enjuiciamos, no se produjo en perjuicio del reclamante el daño real y efectivo sobre el que cimienta su acción de responsabilidad, pues (...) el acuerdo revocatorio de la autorización conferida (...) con posterioridad, y durante el tiempo que duró el proceso Contencioso-Administrativo, el Tribunal Superior de Justicia, con carácter cautelar, acordó la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado (...). En definitiva, los daños invocados no fueron efectivos y consiguientemente no existe conexión alguna entre el actuar administrativo y el resultado producido, pues, como señala como hecho probado la Sala de instancia, “ninguna prueba consta en autos que acredite la realidad y cuantía del daño...”».

Las conclusiones que se pueden extraer de las sentencias expuestas en este epígrafe son claras, a mi juicio. Primero, la doctrina que comporta la relativización de la responsabilidad de la Administración en los casos de anulación de actos administrativos puede entrar en conflicto con otras que anudan de forma automática o casi automática consecuencias indemnizatorias a este tipo de actuaciones en relación con determinados daños, como pueden ser los gastos de aval. Esto permitiría aventurar que, aunque no lo diga expresamente, el Tribunal Supremo sólo está dispuesto a relativizar, considerándolos no siempre antijurídicos, determinados daños, como son los derivados del retraso causado por la denegación improcedente de una autorización administrativa³⁸. Segundo, la limitación no se circunscribiría sólo a determinados daños, sino también a determinadas ac-

³⁸ Téngase en cuenta que esta línea jurisprudencial se inició en una época que, como la actual, se caracteriza por un alza continuada del precio de los productos inmobiliarios, por lo que los eventuales costes adicionales son absorbidos por el incremento del precio de venta. En esto habría una coincidencia con la opinión expresada por MONTORO, que estimaba que sólo procedería la indemnización por los retrasos en la edificación derivados de una denegación improcedente en «época deflacionaria o de recesión económica», las únicas en las que se produciría un daño efectivo —María Jesús MONTORO CHINER (1983, pág. 185)—.

tuaciones: en el momento en que la actuación meramente pasiva de la Administración —la denegación de una licencia— se transforma —como cuando la denegación se ejecuta coactivamente mientras estaba siendo discutida en sede judicial, demoliendo las edificaciones e impidiendo la actividad que se trataba de legalizar—, ya no es aplicable la modulación de la responsabilidad.

B) *Una línea jurisprudencial minoritaria y complementaria: los límites de la ponderación de la responsabilidad*

La manifestación de referencia de una línea que de algún modo puede considerarse complementaria de la anterior es la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1989 (RJ 1989\2526), relativa a la paralización indebida durante varios años de una partida de quinientas motocicletas en los depósitos de aduanas, que ha condicionado la argumentación de todas las sentencias posteriores, también las de la línea mayoritaria ya estudiada. Es a esta sentencia a la que se debe el abandono formal de la doctrina del «margen de tolerancia», aunque lo que salió por la puerta entrase por la ventana en forma de ausencia de antijuridicidad y, en consecuencia, deber jurídico de soportar. Debido a la importancia de esta sentencia, merece la pena transcribir la argumentación contenida en su fundamento jurídico segundo con una cierta extensión:

«el Abogado del Estado se opone al recurso por entender que no toda anulación de los actos o disposiciones de la Administración dan lugar a la indemnización de daños o perjuicios, sino que es preciso que el acto sea ilegítimo y a estos efectos, menciona la necesidad de conceder a la Administración un “*margen de tolerancia*” que exime de la responsabilidad a la Administración en los casos en que nos hallemos ante cuestiones discutibles. Mas esta tesis, que pudiera ser aplicada en algunos casos extremos, pugna con la declaración constitucional —artículo 106— que concede a los ciudadanos el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Por otra parte, la alusión a las “*cuestiones discutibles*” haría prácticamente inaplicable el precepto constitucional, puesto que salvo aquellos casos en los que la Administración se allane a la pretensión del reclamante, en todos los procesos se discute con mayores o menores fundamentos para la oposición, y de esta forma se convertiría en excepción —indemnización— lo que la Constitución ahora, y antes de la Ley de Régimen Jurídico y la de Expropiación Forzosa, habían establecido como norma general. (...) No es por lo tanto, el aspecto subjetivo

del actuar antijurídico de la Administración el que deba de exigirse como soporte de la obligación de indemnizar, *sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, esto es la realidad de los daños y perjuicios y la circunstancia de que el ciudadano no esté obligado a soportarlos, además de la obligada relación de causalidad* entre el daño producido y el acto que lo causa. Por lo tanto no es admisible la tesis del representante de la Administración, que *pretende limitar los casos de responsabilidad de la Administración a un actuar ilegítimo, transformando lo que es una responsabilidad puramente objetiva en algo que dependa de la existencia de culpa o negligencia....*».

En la otra sentencia que se puede adscribir a esta línea minoritaria, la de 2 de julio de 1998 (RJ 1998\6059), el Tribunal Supremo abordó la indemnización debida a una funcionaria interina indebidamente despedida. El caso antecedente parece haber tratado del cómputo de la antigüedad de los funcionarios interinos, oscilando las posturas entre la fecha de toma de posesión o la puntuación obtenida en las pruebas de selección, habiendo primado esta última solución. Cuando la funcionaria interina readmitida en su puesto solicita una indemnización por los salarios dejados de percibir, el Abogado del Estado opone la doctrina sobre la indemnización derivada de la anulación de actos administrativos.

En la sentencia se examina, para descartarla rápidamente, la posibilidad de que el funcionario interino no tuviese un derecho subjetivo a la continuidad en el ejercicio de sus funciones (fto. jco. segundo):

«el título en virtud del cual la Administración aparece como responsable, nos llevaría a considerar que estamos ante una situación funcional en la que *no es viable sostener, precisamente por el título jurídico que legitima la prestación en la función pública, la existencia de un derecho adquirido a ocupar un puesto como funcionario interino (...), [pero] no puede derivarse para el funcionario público ningún perjuicio patrimonial, de tal suerte que no debe soportar, a su costa, un daño* generado en el seno de la propia relación funcional y que no tiene, en este caso, su causación material en una culpa atribuida al propio funcionario».

Por otra parte, más adelante se llega a rechazar la existencia de especialidades en el régimen de la indemnización de los daños producidos por actos administrativos ilegales, formulando lo que ha sido el régimen defendido por la doctrina más autorizada (fto. jco. sexto):

«reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien sostiene que la simple anulación no comporta automática y necesariamente el derecho a ser indemnizado, sí enmarca la responsabilidad, por anulación de actos, dentro del régimen

general de la responsabilidad de la Administración, en la medida en que el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado *no exonera a la responsabilidad de la Administración por consecuencias lesivas derivadas de los actos anulados, sino que persigue una mayor exigencia en la determinación de la lesión* que no puede dejarse reducida al simple hecho de la anulación. (...) En consecuencia, la existencia de responsabilidad patrimonial por anulación de actos exige la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, *sin que la previsión contenida en el artículo 40.2, en relación con la anulación de los actos, suponga una variación respecto de dicho régimen...*».

Hay una diferencia sustancial entre la sentencia de 20 de febrero de 1989 y la de 2 de julio de 1998, que les da un valor muy desigual a nuestros efectos. Mientras que el supuesto contemplado en la primera de ellas guarda una identidad de razón con las sentencias de la línea mayoritaria y, por consiguiente, constituye una clara excepción a esa línea, no sucede lo mismo con la segunda de ellas. En el pronunciamiento de 1998 no se examina un caso en el que la denegación de una «solicitud» provoca un «retraso» en el ejercicio de un derecho sometido a prohibición relativa —es decir, prohibición general de ejercicio sin previa dispensa o autorización administrativa—, sino que estamos ante un supuesto en el que la Administración ha provocado directamente un daño con su actuación, perturbando a un particular en el pacífico goce de derechos que ya había adquirido plenamente conforme al ordenamiento. Esto hace que pueda considerarse esta segunda sentencia, pese al tenor literal de su argumentación, más como un límite a la fuerza expansiva de la doctrina sobre modulación de la responsabilidad en función de márgenes de apreciación que queda acantonada a unas concretas actuaciones —la denegación de autorizaciones y licencias— y a unos determinados daños —los retrasos derivados de la necesidad de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa para obtener el derecho al ejercicio de una actividad—. De esta forma, alguna de las conclusiones a las que se había llegado en el epígrafe precedente se vería corroborada.

IV. LOS SUPUESTOS DE INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR LA ANULACIÓN DE DECISIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE PLANES URBANÍSTICOS

Como se ha señalado, la doctrina del Tribunal Supremo liga la existencia de un deber jurídico de soportar, que, al excluir la antijuridicidad del daño, excluye su indemnización, al ejercicio «razonable» de las potestades discrecionales, solución que extiende a los supuestos de conceptos jurídicos indeterminados. Ciertamente, el Alto Tribunal condiciona, si no de for-

ma expresa, sí implícitamente, esta formulación principal con una serie de matices, que ya han sido referidos. Por ello, en principio, podría parecer difícil que esta solución jurisprudencial pudiera expandirse a los planes urbanísticos, que no sólo tienen un alcance muy superior al de la mera denegación de una licencia de edificación, sino que pueden generar un abanico de daños muy amplio. Pese a ello, el Tribunal Supremo ha aplicado su doctrina en este otro campo al menos en dos ocasiones.

A) *La anulación de un plan: sentencia de 25 de junio de 1990*

En la sentencia de 25 de junio de 1990 (RJ 1990\5697), el Tribunal Supremo se enfrentó a una reclamación de responsabilidad que tenía como origen la anulación del Plan Especial de Reforma Interior del antiguo Barrio de Tetuán, en Madrid, declaración de invalidez que se produjo por no cumplir los estándares urbanísticos sobre zonas verdes y espacios libres, lo que comportó la reviviscencia de las previsiones del Plan General de Madrid de 1946, que permitía un menor número de alturas, reduciendo de esta manera el aprovechamiento. Por otra parte, a continuación se produciría una suspensión del otorgamiento de licencias para elaborar un nuevo Plan Especial que nunca llegaría a culminarse. Los reclamantes, que habían comprado un solar inmediatamente antes de la anulación judicial del Plan Especial, reclamaron la correspondiente indemnización a la Administración municipal, que el Tribunal Supremo denegaría. En la sentencia se hace la invocación expresa de la jurisprudencia recaída, a propósito de la denegación improcedente de licencias, sobre la no imputabilidad a la Administración de los daños, cuando el ejercicio de potestades discrecionales no haya sido manifiestamente irrazonable, siendo evidente que la potestad de planeamiento urbanístico es de carácter esencialmente discrecional. Este recurso a la doctrina sobre denegación improcedente de licencias se hace fundamentalmente en la argumentación de la sentencia de instancia, en fundamentos íntegramente aceptados por el Tribunal Supremo. Sobresale el fundamento jurídico tercero de la sentencia apelada, aceptado por el TS:

«[no existirá responsabilidad] siempre que la Administración hubiese aprobado tal Plan mediante fundamentos jurídicos o criterios no correctos según la resolución judicial pero *opinables dentro de la relatividad que a toda decisión jurídica imprime la estructura problemática de la ciencia del derecho*. En el presente supuesto, el criterio mantenido por la Administración al aprobar aquel Plan, fue el de que al no cubrir el polígono delimitado el mínimo legal adscrito a zonas libres o espacios verdes, fue alcanzado tal mínimo anexionado de hecho al polígono, zona verde ubicada en zona adjunta al polígono. Tal criterio no es compartido por el TS porque los terrenos agregados no sólo están “ubicados fuera

de la delimitación del polígono sino separados por elementos físicos o vías de tráfico que imposibilitan o al menos dificultarían el uso o normal aprovechamiento de tales terrenos como espacios libres incorporados de hecho al plan". Es decir, *el alto Tribunal no descalifica de modo absoluto y categórico la inclusión de zona verde aneja al polígono para completar el mínimo legal de éste, sino que relativiza y matiza la descalificación* en base a que la existencia de vías de tráfico intermedias, impiden o dificultan el uso normal de esos espacios libres incorporados al plan, lo que pone de relieve que *para el órgano judicial el criterio de la Administración, si bien no legalmente correcto, es lógico y opinable dentro de la problemática jurídica planteada por la exigencia legal de espacios libres o zonas verdes*. Ello abona la *no imputabilidad* de la Administración demandada frente a los daños y perjuicios alegados y la inexistencia de nexo causal exclusivo entre la actividad administrativa y el resultado dañoso».

El Tribunal Supremo no se limita a aceptar el fundamento jurídico, sino que corrobora sintéticamente —y mucho más categóricamente— la argumentación anterior (fto. jco. primero): «los actos jurídicos *susceptibles de una diversa interpretación objetiva* en su caso, o que no impliquen una declaración de derecho claramente contraria a la normativa vigente *no pueden generar responsabilidad de la Administración*».

Por otra parte, la anulación no fue la única causa del daño, sino que se añade la culpa de la víctima (fto. jco. tercero de la sentencia apelada, aceptado por el TS):

«la sentencia del Tribunal Supremo no hacía más que confirmar la de esta Sala [de instancia] de 30 junio 1976, fecha muy anterior a la de la adquisición del solar cuestionado por la parte actora que pudo y debió haber ejercitado el derecho contenido en el art. 55.2 de la Ley del Suelo, sobre solicitud de información a la Administración, del régimen urbanístico aplicable a un sector. Por tanto, debió y pudo conocer, con anterioridad a la compra del terreno, de la anulación judicial efectuada en primera instancia del Plan Parcial de Reforma Interior del Antiguo Barrio de Tetuán».

Lo que ocurre es que es de sobras conocido que la concurrencia de culpa de la víctima, cuando hay un funcionamiento anormal de la Administración pública, puede generar una compensación de culpa y, por tanto, una exoneración parcial, pero muy difícilmente una total exclusión de la sentencia. En consecuencia, incluso considerando la posibilidad de que se hubiese dado una conducta negligente de la víctima —lo que es discutible, porque la información urbanística es un derecho del particular, de ninguna manera una carga—, ésta no puede ser una causa de exoneración. No obs-

tante, es lo cierto que, si bien la anulación hecha por la sentencia de la Audiencia Territorial no era ejecutiva, en el momento en que se compró el solar existía ya una declaración judicial de ilegalidad del Plan, lo que muy probablemente pesase en el precio de adquisición (una consideración de justicia material de mucho peso).

Por otra parte, tanto en la sentencia de instancia como en la del Tribunal Supremo se señala, además, la dificultad de apreciar daños efectivos, teniendo en cuenta el espectacular incremento del precio del suelo y de las construcciones en Madrid a partir de 1985. Nuevamente, una consideración de justicia material, pero que en este caso habría sido suficiente para denegar la indemnización, al no haberse producido un perjuicio efectivo.

En consecuencia, se trata de un supuesto sumamente peculiar, del que es difícil deducir la existencia de una línea jurisprudencial, siendo imposible predecir qué haría el Tribunal Supremo en otros supuestos de anulación de planes que contengan ordenación detallada de los aprovechamientos.

B) *La denegación de la aprobación de un plan de iniciativa particular: sentencia de 25 de mayo de 2004*

El siguiente supuesto tiene unas concomitancias muy diferentes, mucho más cercanas a la línea jurisprudencial que hay que estimar consolidada, que exonera a la Administración de indemnizar en los casos de denegación improcedente de licencias, salvo ilegalidad cualificada. En este supuesto estamos también ante una iniciativa de un particular y los daños están causados por los retrasos derivados de la necesidad de acudir a un proceso judicial. Por otra parte, en este caso sí que estamos ante una potestad discrecional, como es la de planeamiento, y ante la dificultad de entender que existía un derecho subjetivo patrimonializado antes de la entrada en vigor del plan. En consecuencia, puede hablarse de una extensión natural de una línea jurisprudencial a supuestos con los que guarda identidad de razón.

En efecto, la reclamación resuelta por la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2004 (RJ 2004/5592) tiene su origen en la anulación judicial de la denegación por la Comunidad Autónoma respecto a un Plan Especial de iniciativa particular destinado a permitir la construcción de una residencia geriátrica de propiedad particular en terreno destinado a equipamiento público, tanto de la aprobación inicial (por subrogación producida ante la inactividad municipal) como de la aprobación definitiva de ese mismo Plan (en ejercicio de competencias propias), con suspensión de la publicación y con eficacia futura condicionada a la acreditación previa del cumplimiento de una serie de condiciones (resumidamente, convenio con el Ayuntamiento, compromiso de no división de la propiedad, garantías de la no división de la zona de aparcamiento).

La anulación de los actos administrativos de denegación, que se realizó en la primera instancia judicial y no fue recurrida por la Administración, comportó la sustitución judicial de una denegación que dejaba la puerta abierta a una aprobación futura, por una aprobación condicionada en su eficacia al cumplimiento de los mismos requisitos exigidos por la Administración. Ya con posterioridad se plantearía una reclamación de responsabilidad, denegada administrativamente y acogida parcialmente por la Sala de instancia, cuya sentencia fue recurrida en casación.

Estas circunstancias no dejan de ser relevantes porque, tal como razona el Tribunal Supremo, en ocasiones da la sensación de que de haber sido recurrida en casación también la primera sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la de anulación de la denegación de aprobación del plan la hubiese casado. En todo caso, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia en la que se estimaba parcialmente el recurso contencioso-administrativo de responsabilidad patrimonial y se acordaba la indemnización, y para la estimación de este recurso invoca expresamente la doctrina de la tantas veces citada sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1996, a la que califica de «pionera» y cita extensamente, y en general la doctrina jurisprudencial sobre la inexistencia de responsabilidad en caso de ejercicio razonado y razonable de las potestades discrecionales, incluso en el caso de anulación judicial. En la sentencia se utiliza el siguiente argumento principal (fto. jco. quinto), que merece ser transcrito con amplitud:

«De los razonamientos sustentados por las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de nueve de diciembre de mil novecientos noventa y cinco y nueve de diciembre de mil novecientos noventa y seis, que respectivamente anularon los acuerdos de la Comissió d'Urbanisme de Barcelona de diecisiete de junio de mil novecientos noventa y uno —que denegó en vía subrogativa la aprobación inicial del “Plan Especial del Sector Kores” de iniciativa particular— y de catorce de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro que suspendió la ejecutividad y publicación de aquel plan, hasta que se cumplimentaran por la promotora determinadas prescripciones, *en modo alguno puede anudarse, de conformidad con la doctrina jurisprudencial reseñada, que la anulación de las resoluciones de las administraciones recurridas, comporte una responsabilidad patrimonial de la Administración, pues fue razonada y razonable la actuación de aquélla, al imponer singularmente en su resolución de mil novecientos noventa y cinco, y en base al interés público que está obligada a tutelar* determinados condicionamientos a fin de garantizar en uso de las facultades que le confería el artículo 3.2.a) del Decret Legislatiu 1/1990 que el suelo se utilice en congruencia con la utilidad pública o interés social, pues no se puede desconocer que el suelo sobre el que

se proyectaba construir aquella residencia geriátrica estaba calificado de equipamiento de titularidad pública y no de mero destino residencial».

Lo cierto es que en esta sentencia se daban todos los elementos distintivos de la jurisprudencia sobre denegación de licencias, con la única excepción de que lo denegado era la aprobación de un plan: discrecionalidad, ejercicio razonable de la misma, daños consistentes en el mero retraso. La extensión del régimen jurisprudencial es lógica y era esperable y, por ello, es de prever que su consolidación se producirá en la primera ocasión en la que el Tribunal Supremo tenga que pronunciarse sobre otro caso semejante.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR FERNÁNDEZ-HONTORIA, Jaime (1984): «Una aproximación a la redefinición de las relaciones Consejo de Estado-Corporaciones locales en el nuevo marco constitucional», en núm. 105 de esta REVISTA.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl (1977): *La revisión de oficio*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local.
- CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco (1976): *El nuevo régimen de las licencias de urbanismo*, Madrid, Civitas.
- FONT I LLOVET, Tomás (2000a): «Prólogo» a O. MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Madrid, Civitas, págs. 22-26.
- (2000b): «Hacia la escala de la discrecionalidad: primer paso, la anulación de los actos discrecionales (A propósito de la STS de 28 de junio de 1999)», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 106, págs. 237-243.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo (1997): *La función constitucional del Consejo de Estado*, Barcelona, Cedecs.
- MONTORO CHINER, María Jesús (1983): *La responsabilidad patrimonial de la Administración por actos urbanísticos*, Madrid, Montecorvo.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, Antonio (1954): *El recurso de agravios*, Pamplona, Publicaciones del Estudio General de Navarra.
- SÁNCHEZ GOYANES, Enrique (2003): «Prólogo» a J. A. IVARS BAÑULS y G. VILLARINO SAMALEA, *La responsabilidad por actos de naturaleza urbanística*, Madrid, INAP.