

Jurisdicción contencioso-administrativa y responsabilidad patrimonial¹

Luis MEDINA ALCOZ
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense

Palabras clave: Entes locales; responsabilidad patrimonial; responsabilidad civil extracontractual; jurisdicción contencioso-administrativa.

Key words: Local Government; State Liability; non-contractual civil liability; judicial review; administrative process.

SUMARIO: I. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.—1. La Ley 13/2009, de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Oficina Judicial y la Ley Orgánica 1/2009, complementaria de la anterior.—2. La legitimación del concejal para impugnar los actos de su corporación.—3. La legitimación del concejal para impugnar actos de la Comunidad Autónoma.—4. El llamado «blindaje» de las normas forales tributarias.—II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.—1. La reforma de la Ley 30/1992.—2. La obra sobre responsabilidad patrimonial de la Fundación Democracia y Gobierno Local.—3. La jurisprudencia de los tribunales.

I. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. La Ley 13/2009, de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Oficina Judicial y la Ley Orgánica 1/2009, complementaria de la anterior

El 3 de noviembre de 2009, las Cortes Generales aprobaron dos leyes que afectan a todo el sistema procesal y, en particular, a la jurisdicción contencioso-administrativa.

¹ Trabajo realizado en el marco de los Proyectos I+D del Ministerio de Educación y Ciencia con referencias SEJ 2007-64055 y DER 2009-13764, integrados en el Grupo de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid (ref. 930189), sobre «Las transformaciones del Estado y la autonomía local: organización institucional, servicios públicos y democracia participativa».

La primera y fundamental es la *Ley 13/2009, de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial*, que entrará en vigor, prácticamente en su totalidad, el 4 de mayo de 2010. El texto modifica nada menos que 64 artículos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), además de la rúbrica de dos capítulos y una sección, y añade un nuevo artículo y la disposición adicional octava. La segunda es la *Ley Orgánica 1/2009, de medidas complementarias* al texto anterior, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que entró en vigor el pasado 5 de noviembre.

Estas leyes realizan sin duda una muy amplia y ambiciosa reforma. Pero, en realidad, la regulación del proceso contencioso-administrativo no ha sufrido una revisión tan profunda como, en principio, puede dar a entender la multitud de preceptos revisados o añadidos. La mayor parte de las modificaciones responden al objetivo de adaptar el texto de la Ley a la implantación de la nueva Oficina Judicial. Las leyes mencionadas pretenden, en esencia, agilizar y mejorar la justicia y optimizar sus recursos descargando a los órganos judiciales de todas las funciones que no pueden reputarse estrictamente «jurisdiccionales» para atribuírselas a los secretarios judiciales. Se trata de que la nueva «Oficina Judicial» realice las actuaciones «procesales» de carácter no jurisdiccional. Así lo expresan las Exposiciones de Motivos de los dos textos legislativos: «La reforma de la justicia se ha convertido en un objetivo crucial e inaplazable. Los ciudadanos tienen derecho a un servicio público de la Justicia ágil, transparente, responsable y plenamente conforme a los valores constitucionales. Uno de los medios esenciales para conseguirlo es la implantación en España de la nueva Oficina judicial, cuyo objetivo es la racionalización y optimización de los recursos que se destinan al funcionamiento de la Administración de Justicia. Se trata, en síntesis, de que los jueces y magistrados dediquen todos sus esfuerzos a las funciones que les vienen encomendadas por la Constitución: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Para ello es preciso descargarles de todas aquellas tareas no vinculadas estrictamente a las funciones constitucionales que se acaban de señalar, y a ello tiende el nuevo modelo de la Oficina judicial. En ella, se atribuirán a otros funcionarios aquellas responsabilidades y funciones que no tienen carácter jurisdiccional y, por otra parte, se establecerán sistemas de organización del trabajo de todo el personal al servicio de la Administración de Justicia, de forma que su actividad profesional se desempeñe con la máxima eficacia y responsabilidad. En este nuevo diseño, jugarán un papel de primer orden los integrantes del Cuerpo Superior Jurídico de Secretarios judiciales. La implantación de la nueva Oficina judicial y la correlativa distribución de competencias entre jueces y secretarios judiciales exige adaptar nuestra legislación procesal a las previsiones que ya contiene la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativas a las Oficinas judiciales y a los Secretarios judiciales, y a dicha reforma integral de nuestras leyes procesales se dirige la presente Ley [...]. La idea inspiradora de la reforma ha sido la de concretar las competencias procesales del Cuerpo de Secretarios judiciales, configurado como un cuerpo superior jurídico, de modo que salvo los supuestos en que una toma de decisión procesal pudiera afectar a la función estrictamente jurisdiccional, se ha optado por atribuir la competencia del trámite de que se trate al secretario judicial.

De este modo, se garantiza que el juez o Tribunal pueda concentrar sus esfuerzos en la labor que le atribuyen la Constitución y las leyes como función propia y exclusiva: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» (EM Ley 13/2009). A su vez, como afirma su Exposición de Motivos, la LO 1/2009 adopta medidas complementarias con el objetivo de la modernización y otras reformas «encaminadas a la agilización de la Justicia, que tienen como objetivo la optimización de los recursos y mejorar su prestación en tanto que servicio público esencial».

No son pocas las críticas formuladas contra la reforma. Se afirma la posible inconstitucionalidad del fraccionamiento de la actividad procesal en dos tipos (la jurisdiccional y la meramente procesal), pues puede no ser compatible con el art. 117.3 CE. Se ha puesto de relieve la completa ajenidad de estas medidas con nuestra cultura jurídico-procesal y se plantean problemas desde la perspectiva de la imparcialidad y la independencia como consecuencia de la dependencia funcional de los secretarios judiciales del Ministerio de Justicia. En este sentido, hay una Declaración de Profesores Universitarios de Derecho Procesal que, adoptada durante la tramitación de los proyectos que han dado lugar a las Leyes referidas, se posiciona claramente en contra (www.ucm.es/info/procesal/declaracion.pdf). Y en esta línea no son pocos los trabajos publicados durante 2009: J. M.^a ASENSIO MELLADO, «Algunas reflexiones sobre la nueva oficina judicial y los Secretarios judiciales», *El Notario del siglo XXI/Revista online del Colegio Notarial de Madrid*, 29/2009, noviembre-diciembre (www.elnotario.com/egest); J. BANACLOCHE PALAO, «El proyecto de Nueva Oficina Judicial: ¿hacia un nuevo proceso administrativizado?», *Diario La Ley*, 7251/2009, 29 de septiembre; J. J. MUERZA ESPARZA, «Sobre el proceso, la nueva oficina judicial y la Administración de Justicia», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 773/2009, (<http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/actualidad-juridica-aranzadi/773/tribuna/sobre-el-proceso-la-nueva-oficina-judicial-y-la-administracion-de-justicia>); A. DE LA OLIVA SANTOS, «El “acabose” de nuestra justicia», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 3/2009, pp. 16-25.

Pero no han faltado voces a favor de la reforma. Hay una Declaración de profesionales jurídicos hacia una Administración de Justicia del siglo XXI, garantista, racional y eficiente para el ciudadano, suscrita por profesores universitarios y otros operadores del mundo del Derecho (en la página web del Ilustre Colegio Nacional de Secretarios Judiciales: www.coseju.com). Hay también valoraciones positivas en A. FERNÁNDEZ BUJÁN, «El necesario debate sobre el nuevo modelo de Oficina Judicial», *Diario la Ley*, 7191/2009, 8 de junio; L. M.^a LÓPEZ GUERRA, «La justicia como derecho ciudadano. Algunas cuestiones actuales», *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones públicas*, 5/2009, pp. 27-40. Un resumen de las novedades introducidas por la LO 13/2009, en J. J. MUERZA ESPARZA, «La reforma orgánica complementaria a la regulación de la nueva oficina judicial», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 793/2010.

2. La legitimación del concejal para impugnar los actos de su corporación

Informes de años pasados han puesto de relieve cómo el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional parecen sostener posiciones antitéticas en torno a la legitimación *especial* de los concejales para recurrir los actos de su corporación: 1) nunca hay legitimación, salvo cuando el mandatario local recurrente votó en contra, y 2) siempre hay legitimación, salvo cuando el mandatario local recurrente votó a favor. Consecuentemente, parece que los concejales o diputados provinciales ausentes o abstentidos en la deliberación carecen o disponen de legitimación según que se aplique uno u otro criterio. Durante el año 2009 el Tribunal Supremo, que venía absteniéndose de hacer referencia a la jurisprudencia constitucional, la ha tenido en cuenta en la *STS, Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 7 de octubre de 2009, ponente N. Maurandi Guillén, RJ 2009/7490*.

D. León, en su condición de miembro de la Diputación de Lugo, interpone recurso contencioso-administrativo contra el Decreto del Presidente de 6 de octubre de 2005 de convocatoria pública de selección de personal para prestar servicios de carácter laboral temporal y el Decreto de 23 de noviembre de 2005 de inadmisión del recurso de reposición. El juzgado estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto, anulando ambas resoluciones; y el Tribunal Superior de Justicia de Galicia desestima el recurso de apelación formulado por la Diputación. Éste interpone después recurso de casación en interés de Ley, que es desestimado por la *STS, Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 7 de octubre de 2009, ponente N. Maurandi Guillén, RJ/2009/7490*. La corporación recurrente reconoce que hay una jurisprudencia constitucional según la cual los concejales pueden recurrir todos los actos dictados por órganos de los que no forman parte, así como todas las resoluciones de los órganos colegiados de los que son miembros (Pleno y, en su caso, Junta de Gobierno) si no estaban presentes en la sesión, se abstuvieron o votaron en contra. Pero advierte de que es claramente contraria al art. 63.1. *b*) LBRL (que no ha sido declarado inconstitucional), pues conforme al mismo la legitimación *especial* para recurrir sólo la tiene el miembro de la corporación que votó en contra. Sobre esta base, la Diputación solicita la revocación de la sentencia recurrida y el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad en relación con el art. 63.1. *b*) LBRL porque «siendo esta doctrina aquí pedida contraria a lo que han declarado las sentencias del Tribunal Constitucional..., aunque prosperara el actual recurso, se generaría confusión sobre los tribunales inferiores sobre el criterio que habría de seguirse y, además, no se evitaría que la efectividad de la nueva doctrina legal pudiera quedar desvirtuada mediante el planteamiento de un recurso de amparo en la concreta litis donde fuera aplicada». Sin embargo, afirma la sentencia que «el claro mandato de ajustarse a la doctrina del Tribunal Constitucional que resulta de ese precepto legal [art. 5 LOPJ], hace bastante difícil que esta Sala pueda corregir o revisar, como se viene a pretender, la interpretación que, desde el prisma de la Constitución, ha hecho el Tribunal Constitucional de ese art. 63.1. *b*) LBRL al que está referida la concreta doctrina legal cuya fijación aquí se está reclamando». Por lo demás, el Tribunal se alinea claramente esta vez con Tribunal Constitucional: «Pero es que, además, tampoco resultan convincentes los argumentos que han sido esgrimidos para ello, y no lo son por todo lo que continúa. Esta Sala entiende que la tesis del actual recurso preconiza una interpretación muy literalista de los arts. 20.1. *a*) LJCA y 63.1. *b*) LBRRL, que se acomoda

mal con el carácter axiológico que la Constitución atribuye al principio de legalidad (sus arts. 1 y 9.1 hablan de ordenamiento jurídico y no simplemente de la ley, y el primero configura ese ordenamiento como un esquema de valores y principios). Y considera, por el contrario, más acertada la solución que ha sido seguida por el TC, de interpretar esos preceptos tomando en cuenta el valor de la representatividad popular y la autonomía de actuación que en virtud de ella ha de reconocerse a los miembros de las Corporaciones locales o provinciales».

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha amparado a un concejal que recurrió un acuerdo del alcalde de su corporación. Se trata de un supuesto no problemático, pero los fundamentos de la sentencia podrían dar a entender que el Tribunal admite que los concejales ausentes o abstencionistas carecen de legitimación para recurrir los actos del órgano colegiado del que forman parte (el Pleno y, en su caso, la Junta de Gobierno), en contra de lo que dan a entender otras SSTC comentadas en informes anteriores de este Anuario. Con todo, no parece que ésta haya sido la intención del Tribunal.

Un concejal del ayuntamiento de Cotillas interpone recurso de reposición contra la resolución del alcalde de nombramiento como funcionarios de carrera a los candidatos declarados aptos por un Tribunal calificador por violación de las bases de la convocatoria y los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia dicta sentencia de inadmisión. La recurrente formula incidente de nulidad contra esta sentencia, que es desestimado por Auto. Solicitado el amparo del Tribunal Constitucional, la *STC 210/2009, de 26 de noviembre, ponente M. Aragón Reyes*, estima el recurso, resumiendo de este modo la doctrina del Alto Tribunal: «De este modo, como ya dijimos en la citada *STC 173/2004, FJ 4*, para el caso de los concejales —y reiteramos en la *STC 108/2006, FJ 3*, para el supuesto de los diputados provinciales—, doctrina a la que es obligado remitirse, sin necesidad de incurrir en reiteraciones innecesarias, el concejal, por su condición de miembro —no de órgano— del Ayuntamiento, que es, a su vez, el órgano de gobierno y administración del municipio y para el que es elegido ‘mediante sufragio universal, libre, directo y secreto’ de los vecinos (art. 19.2 LBRL, en relación con los arts. 176 y ss. de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general), está legitimado para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece, por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha corporación en virtud de su mandato representativo, a no ser que, tratándose del acto de un órgano colegiado —Pleno o Junta de Gobierno Local, allí donde ésta exista—, no hubiera votado en contra de su aprobación».

Los Tribunales Superiores de Justicia se han enfrentado a casos de este tipo. Y, en alguna ocasión, han partido de que el elemento crucial es que el concejal recurrente votara en contra, en línea con el planteamiento tradicional luego alterado por el Tribunal Constitucional.

Varios concejales y vecinos del municipio navarro de Orcoyen recurren ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Pamplona el acuerdo de este Ayuntamiento por el que se desestiman las reclamaciones presentadas contra los acuerdos del Consejo de Administración de la «Sociedad Pública Municipal Iturgain, S. A.». El órgano judicial dictó Sentencia de 20 de marzo de 2008 declaratoria de inadmisibilidad del re-

curso interpuesto. Según el juzgado, los vecinos no pueden ejercer acción popular y los concejales no pueden acogerse al supuesto especial de legitimación del art. 63.1 LBRL «al no haberse recogido en la documentación del acuerdo impugnado, de marzo de 2006, ni quiénes habían votado a favor, ni quiénes habían votado a favor del mismo en sesión celebrada, no habiéndose recogido, tampoco la presentación de objeción alguna por los demandantes que son concejales, frente al citado acuerdo que se impugna ante la jurisdicción». Interpuesto recurso de apelación, el *Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1.ª*, revoca el pronunciamiento de instancia en *sentencia 245/2009, de 20 de abril, ponente J. A. Hurtado Martínez, RJCA 2009/550*. La Sala parece entender que sólo si los concejales se oponen expresamente al acto recurrido puede reconocérseles legitimación. Pero afirma que el juzgado pudo realizar comprobaciones y que los indicios disponibles apoyan la hipótesis de que el requisito se verifica en el caso: «Es indudable que la Magistrada de instancia hace bien sacando a colación la regulación recogida en el art. 63.1.b) de la Ley de Bases de Régimen Local 7/1985, de 2 de abril, y según la cual están legitimados para impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico, los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos. Pero no es menos cierto que en el presente caso, la propia Magistrada reconoce y refleja en el texto de la Sentencia cómo la documentación de la sesión municipal y de la propia resolución impugnada carecen de cualquier referencia sobre quienes han concurrido a la junta, sobre el cumplimiento o no del quórum exigible, sobre quienes han votado a favor acto administrativo y quienes habrían votado a favor; es decir, que no consta que por parte de los hoy demandantes se hubiera votado en contra del acto por la sencilla razón de que la documentación aportada es muy deficiente; no se ordenó el complemento de expediente administrativo para suplir esta deficiencia, ni tampoco se solicitó ni acordó una diligencia probatoria enderezada a acreditar los extremos omitidos. Si a ello sumamos que los concejales formularon la reclamación de nulidad que dio lugar a la resolución impugnada, por lo cual debían abstenerse de asistir y votar por tener interés directo en el asunto, y que la propia representación procesal de los concejales afirma que no asistieron a la votación por tal motivo (sin que ello haya sido contradicho), claramente resulta que la declaración de falta de legitimación sobre los concejales no resulta ajustada a Derecho y debe ser revocada».

D. Alfredo, en su condición de concejal del Ayuntamiento de Cieza, impugna ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia el acuerdo del Pleno de aprobación del Presupuesto General Municipal y el acto del alcalde por el que se tiene definitivamente aprobado el acuerdo anterior por transcurso del plazo de exposición pública sin reclamaciones. El Tribunal dicta *Sentencia 120/2009, de 16 de febrero, ponente F. Castillo Rigabert, JUR 2009/197955*, desestimando el recurso. Lo relevante a nuestros efectos es que niega los argumentos de la parte demandada en orden a negar la legitimación del recurrente: «no puede negarse la legitimación del recurrente, pues en el mismo concurre la condición de concejal que votó en contra del acuerdo y de vecino del municipio de Cieza».

Por lo demás, el Tribunal Supremo ha resuelto que el sistema de legitimación especial de la Ley de Bases de Régimen Local que permite al concejal recurrir los actos de su corporación se aplica en los territorios históricos del País Vasco, al no existir una regulación autonómica similar. Se trata de un pronunciamiento que ha comentado J. L. ETXEBERRÍA MONASTERIO: «La legitimación de los apoderados a Juntas Generales de

Bizkaia para recurrir en vía contencioso administrativa Normas Forales aprobadas por las Juntas Generales: Sentencia del TS sobre la Norma Foral 11/2002 que crea y regula el canon de utilización de infraestructuras viarias», *Forum fiscal de Bizkaia*, mes 9, 2009, pp. 39-50.

Las Juntas Generales de Vizcaya aprueban la Norma Foral 11/2002, de 12 de diciembre, de creación y regulación del canon de utilización de infraestructuras viarias y de disciplina de determinados aspectos del régimen tributario de la Sociedad Pública Foral «Bizkaiko Hegoaldko Akzesibilitatea, S. A». D. Julián y otros recurren ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que dicta sentencia de 28 de febrero de 2006 estimando el recurso y anulando la norma foral mencionada. En orden a la legitimación, esta sentencia afirma la inaplicabilidad del art. 63.1. *b*) LBRL y que, no existiendo una norma foral equivalente, los recurrentes no pueden hacer valer su condición de junteros que votaron en contra para impugnar. No obstante, pueden acogerse al régimen ordinario de legitimación establecido en la LJCA al haber una afectación de su esfera de derechos o intereses legítimos: «los apoderados del Grupo Juntero Popular no pueden, ni como componentes o miembros del mismo, ni actuando en nombre del propio Grupo, impugnar la Norma Foral 11/02 como discrepantes políticos de una decisión mayoritaria, al no existir norma foral que haya previsto tal posibilidad, pero, sin embargo, los junteros sí estarían legitimados para impugnar en su propio nombre y derecho ya que lo importante en tales casos es determinar si los recurrentes han singularizado o no un derecho que les afecte para poder recurrir, pues cierto es que no pueden impugnar basándose simplemente en el mero interés de la legalidad; y en el presente caso han acreditado su interés singular como ciudadanos residentes en el País Vasco y como posibles usuarios de la red de infraestructuras y, en concreto, de la Autopista A-8, ya como conductores pues algunos de ellos han presentado carnet de conducir o bien como usuarios del transporte público, resultando afectados claramente por la norma en cuanto crea un canon de utilización de infraestructuras viarias». Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo lo estima en *STS, Sala 3.ª, Secc. 2.ª, de 12 de febrero de 2009, ponente J. G. Martínez Micó, RJ 2009/1798*, reduciendo el alcance de la declaración anulatoria de la sentencia de instancia. En orden a la legitimación, sienta el criterio de la «aplicabilidad a los junteros del art. 63.1. *b*) de la Ley estatal 7/1985» en virtud «de lo dispuesto en el art. 39 y en la disposición adicional segunda de la propia Ley 7/1985» y de la jurisprudencia constitucional que entronca la legitimación especial de concejales con «el derecho de los españoles a participar en los asuntos públicos» y el derecho a la tutela judicial efectiva. Afirma, literalmente: «En virtud del art. 39, los órganos forales de Vizcaya conservan su régimen peculiar en el marco del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma del País Vasco. 'No obstante, las disposiciones de la presente Ley les serán de aplicación con carácter supletorio'. Y con arreglo a la disposición adicional segunda, las disposiciones de la presente Ley, de acuerdo con la Constitución y el Estatuto de Autonomía para el País Vasco, se aplicarán en los Territorios Históricos de... Vizcaya» con las peculiaridades que indican y que no afectan a la temática que aquí nos ocupa. Así pues, los Junteros, como miembros electos de las Juntas Generales, deben poder impugnar, sin más requisito que esa condición y la de haber votado en contra, los actos y acuerdos de las Juntas Generales que pudieren ser contrarios al Ordenamiento, porque, tratándose de legislación procesal, si nada hay regulado al respecto en la normativa foral y autonómica, e incluso si ésta es una materia en la que el Estado tiene

competencia exclusiva (ex arts. 149.1.6.^a y 18.^a de la Constitución), entonces obligado será que se aplique, por su carácter supletorio, la normativa de la LBRL, en particular su art. 63.1.*b*), sobre todo si se reflexiona sobre el verdadero significado de esa legitimación reforzada que se reconoce en ese art. 63.1.*b*) a los miembros de las Corporaciones que hubieren votado en contra de los actos y acuerdos que hubieren incurrido en infracción del Ordenamiento jurídico, pues, según la sentencia 173/2004, de 18 de octubre, del Tribunal Constitucional, el precepto indicado no atribuye propiamente, sino que se limita a reconocer una legitimación consecuencia del sistema democrático representativo que entroncaría con el derecho de los españoles a participar en los asuntos públicos «directamente o por medio de representante, libremente elegido en elecciones periódicas por sufragio universal». Se afirma, además, que los recurrentes tienen legitimación en todo caso, sobre la base del régimen general: «Los recurrentes en instancia han demostrado que son propietarios de automóviles y como tales no se les puede negar su condición de eventuales usuarios de la red de infraestructuras viarias y, en concreto, de la Autopista A-8 bien como usuarios directos, en cuanto conductores de sus propios vehículos, o del transporte público. No cabe desconocer la verosimilitud del argumento que emplean de que la sede principal de la Casa de Juntas se halla en Guernica, a donde se accede mediante el itinerario Bilbao-Amorebieta-Gernika, itinerario cuyo tramo Bilbao-Amorebieta sólo cabe recorrerlo por la Autopista A-8 o por la CN-634, cuyas condiciones de saturación la hacen inviable muchas veces. Es evidente pues que, caso de anularse la Norma Foral en cuestión, los recurrentes en instancia dejarían de tener que pagar el canon, lo que incidiría directamente en sus intereses. Por lo tanto, es claro que los recurrentes defendían con su recurso un interés legítimo particular, de modo efectivo y acreditado, en cuanto la anulación del canon les reporta una ventaja».

3. La legitimación del concejal para impugnar los actos de la Comunidad Autónoma

El Tribunal Supremo ha dado a entender que la condición de concejal puede constituir el fundamento de una suerte de legitimación especial para recurrir, no ya los actos de la corporación local, sino de la Comunidad Autónoma. No lo dice con toda claridad, pero su expresión sí permite afirmar que, a juicio de este órgano judicial, esa condición constituye un elemento a tener en cuenta y que puede *reforzar* de algún modo la legitimación de que dispone el recurrente.

D. Saturnino, concejal del Ayuntamiento de Zizur Mayor, recurre ante el Tribunal Superior de Justicia de Navarra la resolución foral 735/2005, de 16 de agosto, del Director General de Obras Públicas, y la orden foral 19/2006, de 8 de febrero, del Consejero de Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones, que desestima el recurso de alzada interpuesto. Tales acuerdos deniegan la solicitud de modificación de las señales del tramo de la Autovía N-111 entre Pamplona y Puente de la Reina y que discurre por el tramo municipal de Zizur Mayor para que recojan la denominación oficial bilingüe de dicha población (Zizur Mayor/Zizur Nagusia). La STSJ de 10 de abril de 2007 estima el recurso. En orden a la legitimación, aprecia que la Administración actúa en contra de sus propios actos al objetar la legitimación del actor, dado que en vía administrativa había tramitado

su pretensión como ejercicio del derecho de petición. Pero afirma que no puede acogerse a ningún sistema de legitimación especial ni puede hacer valer un interés por la mera legalidad de la actuación administrativa. No obstante, entiende que hay la afectación de un interés particular legitimador conforme a la LJCA. Interpuesto recurso de casación por la Comunidad Foral de Navarra, el Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Secc. 3.ª, dicta la Sentencia de 23 de diciembre de 2009, ponente E. Espín Templado, JUR 2010/42475, confirmando el pronunciamiento de instancia. No obstante, discrepa parcialmente de los argumentos del Tribunal Superior de Justicia en cuanto a la legitimación: «Debe señalarse que, frente a lo que afirma la Sala de Instancia, en forma alguna puede considerarse contradictorio el aceptar una solicitud bajo el amparo del derecho de petición, cuya amplitud supera con mucho la de la legitimación procesal en un recurso contencioso administrativo, con posteriormente objetar tal legitimación ante la jurisdicción [...]. Dicho lo anterior, acierta la Sala de Instancia al rechazar la objeción de admisibilidad formulada por la Administración navarra, razón por la cual procede igualmente desestimar el presente motivo. En efecto, el recurrente tiene sin duda un interés legítimo particular, como ciudadano cuya residencia en la localidad de Zizur Mayor, en que la legalidad se cumpla en este punto, puesto que es un presumible usuario frecuente de las vías de tráfico del municipio, por lo que se ve directa y personalmente afectado por la circunstancia de que la denominación de la localidad no se encuentre adecuadamente reflejada en ambas lenguas en los rótulos de tráfico. Otra cosa podría suceder en el supuesto de un ciudadano no residente en la localidad, cuya afección por el uso adecuado o no del vascuence en las carreteras del término municipal por parte de la Administración autonómica fuese más o menos esporádico, pues entonces un recurso semejante podría efectivamente considerarse expresión de un mero interés de legalidad». Lo interesante es que, según el Tribunal Supremo, la condición de concejal constituye un factor relevante a los efectos de la legitimación para recurrir actos autonómicos: «Debe añadirse, además, que la circunstancia de que el actor fuese concejal refuerza hasta la evidencia su legitimación para entablar la acción procesal que ejerció. Se confunde la Administración cuando entiende que su legitimación procesal como tal cargo público estaría limitada a las decisiones municipales. Antes al contrario, su condición de concejal sin duda supone que ostenta un legítimo interés, superior y más directo que cualquier otro ciudadano, en que determinados aspectos de la acción pública de cualquier Administración que se refieran al municipio en el que ejerce su cargo se acomoden al ordenamiento jurídico, pues el velar por ello afecta en todo caso al cumplimiento de su función y a su responsabilidad con los ciudadanos que le eligieron. No sería procedente extender esta afirmación de forma mecánica y con carácter general a toda actuación pública, pero desde luego sí procede aplicarla a competencias tan próximas a los intereses municipales como lo es la titulación de las indicaciones de la localidad en las vías públicas que transcurren por el término municipal».

4. El llamado «blindaje» de las normas forales tributarias

Durante el año 2009 se han tramitado dos reformas orientadas a impedir la fiscalización jurisdiccional de las normas forales y a afirmar la sola posibilidad de un control del Tribunal Constitucional. Tales reformas han visto la luz en 2010, por lo que serán comentadas en el Anuario del año próximo, pero han generado ya literatura jurídica. Hay

autores que invocan la singularidad de los territorios históricos para justificar el «blindaje» de sus normas forales (J. L. EXTEBERRÍA MONASTERIO, «En defensa del “blindaje” de las Normas Forales tributarias», *Forum fiscal de Guipuzkoa*, Mes 1, 2009, pp. 21-24). Pero otros se muestran críticos. Así, el profesor Juan José Solozábal (diario *La Rioja*, 8 de octubre de 2009, en Internet: <http://www.elcorreo.com>), que insiste en que las normas forales vascas no son leyes, a diferencia de las normas forales navarras. Son, desde luego, expresión de una potestad fiscal singular que tiene asegurado un ámbito frente a las leyes autonómicas y estatales; pero no son leyes. Señala en este sentido que «no es juicioso que por salir de una situación de dificultad en el trance de aprobar los presupuestos, abordable seguramente de cualquier otra forma, se ponga patas arriba nuestro sistema de justicia constitucional y también nuestro sistema de justicia ordinaria, afectando al tipo de normas controlables y a la legitimación para su impugnación; al tiempo que se ofrece la imagen ante el resto de comunidades autonómicas de un Gobierno dispuesto a seguir por una senda bastante irrazonable».

II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

1. La reforma de la Ley 30/1992

En materia de responsabilidad patrimonial la innovación más sorprendente (y cuestionable) es la introducción de un *nuevo apartado 5 en el art. 139 de la Ley 30/1992*, en virtud de lo dispuesto en la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial: «El Consejo de Ministros fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad». Se trata de una muy llamativa novedad consecuente con la reciente *STS, Sala 3.ª, de 26 de noviembre de 2009, ponente: R. Enríquez Sancho, RJ 2009/5692*, que, a la vista de la reforma (pero sin que hubiera entrado en vigor) admite como posible *ex art. 9 CE* la responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional, aunque descarta su existencia en el caso concreto por ausencia de daño efectivo. El análisis de esta sentencia y, en general, de esta extensión inesperada del instituto resarcitorio excede los propósitos de este informe, que se limita a las novedades que afectan cada año a la responsabilidad de las Administraciones, singularmente las del mundo local. No obstante, quiero dejar aquí constancia del desconcierto que suscita la adopción de una medida de estas características dentro de una Ley que aborda cuestiones bien distintas, sin un debate previo y sin reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que es el texto que, en su caso, podría estar en condiciones de imponer límites o condiciones a la actividad del máximo intérprete de la Carta Magna.

2. La obra sobre responsabilidad patrimonial de la Fundación Democracia y Gobierno Local

La Fundación Democracia y Gobierno Local ha iniciado una línea de trabajo que consiste en la creación de grupos de expertos para el análisis de las instituciones con el fin de señalar sus defectos y proponer reformas y, de este modo, contribuir a una mejor gestión pública local. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido la primera de las instituciones analizadas. El trabajo del grupo de expertos ha dado lugar a la publicación del libro *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI*, coordinado por Joaquín Ortiz Blasco y Petra Mahillo García, FDGL, Madrid, 2009. Se trata de una muy interesante obra colectiva que incluye trabajos de docentes universitarios como el catedrático de la Universidad Complutense Germán Fernández Farreres y el profesor titular de la Universidad de Barcelona, autor de referencia en la materia en los últimos años, Oriol Mir Puigpelat. Pero hay múltiples contribuciones de otros profesionales jurídicos.

El trabajo incluye unas interesantes conclusiones con críticas y propuestas de reforma del sistema de responsabilidad patrimonial. El trabajo se muestra crítico con la legislación vigente, muy general, ambigua e imprecisa. Propone la responsabilidad por falta de servicio como regla general. Mantiene la causalidad adecuada como teoría causal fundamental. Y entiende que el principio de plenitud indemnizatoria no debe ser consustancial al sistema. El análisis de estas propuestas excede también los propósitos de este Anuario. No obstante, creo que buena parte de los problemas de inseguridad y ausencia de rigor que, en efecto, caracterizan al sistema son imputables, no al legislador, sino a la jurisprudencia y a la propia doctrina. Me parece que hay múltiples supuestos de responsabilidad basada en razones distintas de la falta de servicio (sacrificio especial, incumplimiento, riesgo específico) que están cabalmente cubiertos en la actualidad y que dejarían de estarlo si se afirma expresamente la culpa como criterio general, y ello sin perjuicio de que es cierto cuanto se señala en las conclusiones en torno a la necesidad de superar la idea de que la responsabilidad patrimonial se basa sólo en la existencia de daño antijurídico y nexo causal. Por otra parte, según he razonado en otros lugares y en este mismo Anuario, el problema de la causalidad es, por lo general, en la realidad jurisprudencial, un problema de prueba sobre el que nada dice la teoría de la causalidad adecuada y sí, en cambio, otras en gran medida inexploradas por la doctrina y la jurisprudencia (como la llamada «pérdida de oportunidad»). Me parece también que el daño sigue siendo un elemento carente de suficiente tratamiento doctrinal y jurisprudencial, pese a ser el cardinal en la responsabilidad patrimonial. Es preciso, a mi juicio, estudiar el principio de plenitud indemnizatoria (y sus corolarios: principio valorista, principio de *compensatio lucri cum damno*, principio de vertebración), antes de proponer su eliminación o matización. Son, en fin, muchos los aspectos que, a mi juicio, deberían ser cabalmente teorizados por la academia antes de proceder a la reforma del sistema de responsabilidad patrimonial.

3. La jurisprudencia de los tribunales

En 2009 la jurisprudencia ha seguido defendiendo la concepción *panobjetiva* de la responsabilidad patrimonial: Sigue siendo habitual que los primeros Fundamentos Jurídicos de las sentencias afirmen que los requisitos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas son sólo la existencia de un daño antijurídico y de relación material de causa a efecto entre éste y el funcionamiento del servicio público. Pero, y al igual que en años anteriores, esas sentencias, aunque no adjudican *formalmente* relevancia a la culpa ni, en general, a los criterios jurídicos de imputación, suelen analizar lo sucedido y condenan al resarcimiento del daño sólo después de comprobar que concurre uno de tales criterios.

Uno de tantos ejemplos es la *SSTSJ Madrid, Secc. 2.ª, dicta Sentencia 1462/2009, de 9 de julio, JUR 2010/31267*. Se trata de una sentencia plausible desde la perspectiva de la valoración del daño, pues se atiende a criterios de racionalidad. Aunque, justamente en este punto, el voto particular formulado realiza una muy relevante y acertada precisión.

D.ª Enma sufrió una caída en la calle Chile esquina calle Veracruz, Móstoles, como consecuencia del mal estado de la rampa de acceso al garaje de superficie de los edificios 2 y 4 de la segunda de las vías citadas. Ante el silencio del Ayuntamiento, la dañada acude al juez de lo contencioso-administrativo núm. 26 de Madrid, que desestima el recurso. Apelado el pronunciamiento, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 2.ª, dicta Sentencia 1462/2009, de 9 de julio, JUR/2010/31267, estimando parcialmente el recurso. El Tribunal recoge la clásica descripción general del sistema como un régimen de responsabilidad objetiva: «a) El primero de los elementos es la lesión patrimonial equivalente a daño o perjuicio de la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente. b) En segundo lugar, la lesión se define como daño ilegítimo. c) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración, implica una actuación del poder público en uso de potestades públicas. d) Finalmente, la lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, pues el perjuicio tiene naturaleza exclusiva con posibilidad de ser cifrado en dinero y compensado de manera individualizable, debiéndose dar el necesario nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado. Además de estos requisitos, es de tener en cuenta que la Sala 3.ª del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente (así en Sentencias de 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994, 11 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1619/92, FJ 4, y 25 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1538/1992, fundamento jurídico cuarto, así como en posteriores sentencias de 28 de febrero y 1 de abril de 1995) que la responsabilidad patrimonial de la Administración, contemplada por los arts. 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, y 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que como consecuencia directa de aquélla, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado. Esta fundamental característica impone que no sólo no es menester demostrar para

exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos».

No obstante la afirmada objetividad del sistema, la culpa o anormalidad entra en juego a través de los requisitos de la antijuridicidad y la causalidad: «Debe, pues, concluirse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social... En el presente supuesto, la Sala discrepa de la fundamentación jurídica del juez *a quo*, toda vez que de la prueba documental fotográfica obrante en autos, en conjunción con las declaraciones testificales, resulta indubitada la existencia de nexo causal entre el mal estado de la acera y las lesiones que sufrió la apelante y cuya indemnización se reclama, por lo que surge la responsabilidad patrimonial del ayuntamiento de Móstoles por funcionamiento anormal del servicio público de mantener las vías públicas en condiciones de transitabilidad y seguridad».

Para valorar el daño, la Sala tiene en cuenta, sin decirlo expresamente, el sistema de valoración de los daños corporales causados en accidente de circulación (incluido hoy en el Texto Refundido aprobado por RD Legislativo de 29 de octubre de 2004, reformado por Ley 21/2007 de junio). Condena al ayuntamiento de Móstoles a indemnizar con 65,48 euros por cada uno de los cinco días de estancia hospitalaria, y 53,20 por cada uno de los 360 días de incapacidad para sus ocupaciones habituales, incrementado la suma total resultante con el factor de corrección del 10 por 100. Reconoce además tres puntos de secuelas por material de osteosíntesis en tobillo a razón de 693,86 el punto. Precisa que estas cantidades no devengarán interés legal alguno al estar actualizadas conforme a la resolución actualizadora de 20 de enero de 2009, vigente en el momento de dictarse la resolución. Y afirma que no ha lugar el abono de los 1.104 euros pagados a persona para la realización de labores domésticas, «al estar incluido dicho concepto en la indemnización correspondiente a los días de impedimento». Este último aspecto motiva el voto particular de D. Marcial Viñoly Palop. Allí razona el magistrado que debió abonarse también esa cantidad porque «la lista de conceptos recogida en las disposiciones legales antes mencionadas no es en ningún caso una lista tasada de supuestos, cabiendo la posibilidad de acordar indemnizaciones por conceptos distintos de los recogidos en los distintos anexos, salvo que ya estuviesen contemplados. Porque el objeto de las valoraciones dadas en los distintos anexos en atención a los distintos supuestos que se pueden dar no es más que un intento de cuantificar de manera objetiva solamente el quebranto del derecho a la salud del administrado, por lo que no se incluyen todos los demás gastos que se hayan podido derivar y estén debidamente acreditados. Porque cuando se distingue en la Resolución de fecha 24 de enero de 2006 entre días con estancia hospitalaria y no hospitalaria, y dentro de éstos, entre improductivos y no improductivos, se está valorando, no los gastos que conlleva una u otra situación, sino la mayor gravedad de la situación por la que está pasando el administrado al lesionarse su derecho a la salud».

Así pues, aunque los Tribunales declaran que la responsabilidad patrimonial es puramente objetiva, no reconocen el derecho resarcitorio sino en presencia de un título

jurídico de imputación que se enmascara tras el requisito de la antijuridicidad (considerando antijurídico el daño cuando hay culpa, movilización de un riesgo específico, sacrificio especial o incumplimiento) o el de la causalidad (apreciándola cuando hay culpa, desencadenamiento de un riesgo específico, sacrificio especial o incumplimiento).

La *culpa* ha funcionado como título de imputación en múltiples pronunciamientos de 2009. Así, por ejemplo, la STS, Sala 3.ª, Secc. 6.ª, de 28 de abril de 2009, ponente L. M.ª Díez-Picazo Giménez, RJ 2009/4093. En este punto, resulta criticable la manera en que la sentencia ventila la cuestión indemnizatoria, sin ponderación de criterio alguno de racionalidad, salva la indicación del criterio manejado por la Sala con anterioridad. Nótese que, al cuantificarse los perjuicios personales sin sujeción a criterios objetivos y, muy en particular, sin atender de manera rigurosa a los establecidos en el sistema legal de valoración, resulta imposible establecer el *quantum* a la fecha de la producción del daño, actualizándolo al día de la sentencia con arreglo al Índice de Precios al Consumo, tal como prescribe el art. 141.3 LRJPAC. El Tribunal Supremo, cuando deja de aplicar parámetros racionales y fija indemnizaciones globales, no puede saber qué cantidad habría estimado adecuada en el día en que las lesiones tuvieron lugar. Esto explica que la sentencia examinada, al igual que muchas otras abordadas por este Anuario en años anteriores, utilicen la fórmula de reconocer una suma global, señalándose que «ha de entenderse como ya actualizada».

D. José Ramón circulaba en motocicleta y, al llegar a una rotonda, perdió el control del vehículo cayendo en el interior de un barranco. Quedó parapléjico. Reclamó la indemnización al ayuntamiento de Puzol, encargado de la conservación y mantenimiento de la rotonda, sin obtener respuesta. Acudió después al Tribunal Superior de Justicia de Valencia, que dictó sentencia de 9 de julio de 2003, desestimando el recurso. Finalmente, en casación, la STS, Sala 3.ª, Secc. 6.ª, de 28 de abril de 2009, ponente L. M.ª Díez-Picazo Giménez, RJ 2009/4093, revoca la sentencia recurrida y recobra la instancia para estimar parcialmente el recurso interpuesto. Asume como cierto el razonamiento de la Sala *a qua* en cuanto que «hubo cierta negligencia», pues «la rotonda estaba señalizada» y «el recurrente conocía su existencia». Pero aprecia que la Administración propició el agravamiento del daño. En este orden de ideas, señala que el ayuntamiento debió vallar el barranco tal como puso de relieve un informe de la Policía Local sobre los peligros de aquella rotonda. Y entiende que esta omisión tuvo una incidencia causal inequívoca: «según la experiencia, una simple colisión en motocicleta con una rotonda, sin ningún otro vehículo implicado, y a la velocidad a que circulaba el recurrente debidamente provisto de caso no habría conducido normalmente a consecuencias tan trágicas como las que por desgracia se produjeron. La ausencia de vallada sobre el barranco, en otras palabras, ocasionó un agravamiento del daño, que sólo es imputable al ayuntamiento de Puzol». La conclusión es que hay «conurrencia de culpas del recurrente y del ayuntamiento de Puzol». A la hora de calcular la indemnización, valora la totalidad de los daños en 600.000 sin otro razonamiento que la invocación mera de que «en supuestos en que el particular queda parapléjico... suele esta Sala otorgar una indemnización en torno a los 600.000». Después pondera la culpa de la propia víctima para rebajar esa cantidad a la mitad. Y afirma que la cantidad adjudicada de 300.000 euros «debe entenderse actualizada a la fecha de la presente sentencia».

El incumplimiento del principio de confianza legítima es el fundamento inexpresado de la responsabilidad patrimonial declarada en la STS, Sala 3.ª, Secc. 6.ª, de 3 de marzo de 2009, ponente: Octavio Juan Herrera Pina, RJ 2009/1302. El criterio aplicado es cuestionable, pues pondera los beneficios dejados de obtener por el recurrente. Sin embargo, cuando la responsabilidad se basa en la confianza legítima, el resarcimiento queda limitado a los daños vinculados a las operaciones realizadas o dejadas de realizar en la creencia generada por la Administración de que se obtendría o mantendría una ventaja (la lesión del denominado interés negativo). En definitiva, si la Administración da a entender equivocadamente que hay el derecho a determinadas posibilidades urbanísticas, el particular, si actuó de buena fe, podrá recibir compensación por los daños vinculados a esa creencia (normalmente gastos o inversiones), pero en ningún caso los beneficios derivados de la actividad que no podía desarrollar legítimamente.

La Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía declaró bien de interés cultural el conjunto histórico de Aracena en julio de 1991. El ayuntamiento de Aracena solicitó autorización de la Junta para la aprobación de un Proyecto de Urbanización del Sector la Boleta, que le fue concedida al no figurar los terrenos objeto del desarrollo urbanístico entre los explícitamente mencionados como bienes de interés cultural. En octubre de 1993 el Ayuntamiento aprobó definitivamente el Proyecto en el marco de las Normas Subsidiarias de Planeamiento Urbanístico de Aracena. La promotora del proyecto, la entidad «Conimpro Inmobiliaria, S. L.», inicia las tareas de ejecución, sufriendo avatares de diverso tipo (suspensión, luego levantada, en previsión de posibles restos arqueológicos; incoación de expediente de delimitación del entorno afectado por la declaración de bienes de interés cultural, que incluía los terrenos objeto del Proyecto; denegación de la autorización solicitada por la promotora para la construcción de una hilera de viviendas unifamiliares). Pero el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ordenó en marzo de 1994 la suspensión de las tareas de ejecución del Proyecto y, finalmente, en sentencia luego confirmada por el Tribunal Supremo (STS de 21 de noviembre de 2000), lo anuló por ser de inexcusable observancia «el excepcional valor histórico-monumental que representa para Aracena específicamente, y para todo el país, el castillo enclavado en la cima de una colina, y la consecuencia derivada de ello, de la necesidad de preservar de conjuntos edificatorios, proyectados sobre las laderas de la colina, que puedan desfigurar y alterar la serena contemplación del citado castillo». «Conimpro Inmobiliaria», ante la imposibilidad de ejecutar el Proyecto, reclama daños y perjuicios tanto al ayuntamiento como a la Junta de Andalucía. Ante la ausencia de respuesta expresa, recurre al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que dicta sentencia de 18 de marzo de 2004 estimando parcialmente la pretensión resarcitoria de la actora. Declara su derecho a la compensación de los honorarios de arquitectos (7.550.058 pesetas) y del importe de los seguros, las maquetas, los diseños elaborados, la acometida de agua, los gastos financieros por el aval exigido, los gastos de materiales, así como de los sueldos y salarios de los trabajadores. Y reconoce igualmente 35.000.000 de pesetas en concepto de pérdida de beneficios. De este modo, condena a las dos Administraciones (local y autonómica) en concepto de responsabilidad patrimonial solidaria al pago de un total de 52.508.759 pesetas, más los intereses legales desde la reclamación administrativa y hasta la notificación de la sentencia, sin perjuicio de los que puedan devengarse *ex art.* 106 LJCA. El Tribunal Supremo confirmó este pronunciamiento en STS, Sala 3.ª, Secc. 6.ª, de 3 de marzo de 2009, ponente: Octavio Juan

Herrera Pina, RJ 2009/1302. Insiste la Sala en que hay responsabilidad de la Comunidad Autónoma por cuanto que aprobó las Normas Subsidiarias de Planeamiento con infracción de la Ley del Suelo. Y señala que también incurre en responsabilidad el Ayuntamiento, pues la prohibición incumplida era aplicable aunque las normas subsidiarias vigentes no se ajustaran a ella.

El *sacrificio especial* funciona como criterio de imputación (con los matices que después se harán) en *STS, Sala 3.ª, Secc. 6.ª, de 16 de febrero, ponente: J. Huelin Martínez de Velasco, RJ 2009/1238*.

La Comunidad de Madrid incoó dos expedientes sancionadores contra las empresas del grupo «Ballesteros» porque, al parecer, había indicios de irregularidades en el funcionamiento de dos de las salas de bingo que ellas explotaban, «Pegaso» y «Príncipe». Iniciados los procedimientos, acordó el cierre cautelar durante doce días de ambas salas y finalmente impuso las sanciones. Pero los acuerdos sancionadores fueron anulados después en sentencia firme por ausencia de pruebas de cargo. Formulada reclamación resarcitoria en 7 de abril de 2003 y ante la ausencia de resolución expresa, las empresas recurren ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que sin examinar el fondo rechaza la reclamación. Después, el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6.ª, que dictó la sentencia de 16 de febrero, ponente: J. Huelin Martínez de Velasco, RJ 2009/1238.

La Sala declara, en primer lugar, que la acción resarcitoria no ha prescrito, aunque haya transcurrido más de un año desde el cierre cautelar y la presentación de la reclamación. Aplica el (acertado) criterio de que el *dies a quo* en este caso es la fecha de la notificación de las sentencias declaratorias de la ilegalidad de las sanciones impuestas: «parece evidente que el daño, según se dice antijurídico, se manifestó en toda su extensión cuando la jurisdicción pronunció su última palabra sobre la ilegalidad de las sanciones y su obligada anulación, momento en el que arrancó el cómputo del plazo de prescripción de un año dispuesto para el ejercicio de la acción por el art. 142, apartado 5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (BOE de 27 de noviembre). Habida cuenta de que las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid fueron notificadas los días 9 de enero y 10 de marzo de 2003, el 7 de abril siguiente la acción para reclamar aún estaba viva».

La Sala afirma, esta vez sin detenerse en la exposición detallada habitual, la objetividad del sistema de responsabilidad patrimonial. Pero advierte que si el daño deriva del ejercicio de potestades discrecionales o la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, el particular no tiene derecho a indemnización si la actuación administrativa es razonable, aunque haya sido declarada ilegal por otra instancia jurisdiccional. Se trata de una ya tradicional doctrina que viene a afirmar, de manera enmascarada, que la responsabilidad por actos ilegales es una responsabilidad por culpa y que, en consecuencia, si la ilegalidad cometida en supuestos en que la Administración dispone de márgenes de apreciación era razonable, no surge el crédito resarcitorio: «Decíamos entonces que el panorama no es igual si se trata del ejercicio de potestades discrecionales, en las que la Administración puede optar entre diversas alternativas, indiferentes jurídicamente, sin más límite que la arbitrariedad que proscribe el art. 9, apartado 3, de la Constitución, que si actúa poderes reglados, en lo que no dispone de margen de apreciación, limitándose a ejecutar los dic-

tados del legislador. Y ya en este segundo grupo, habrá que discernir entre aquellas actuaciones en las que la predefinición agotadora alcanza todos los elementos de la proposición normativa y las que, acudiendo a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, impelen a la Administración a alcanzar en el caso concreto la única solución justa posible mediante la valoración de las circunstancias concurrentes, para comprobar si a la realidad sobre la que actúa le conviene la proposición normativa delimitada de forma imprecisa. Si la solución adoptada se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada, el administrado queda compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la anti-juridicidad de la lesión [véase nuestra Sentencia de 5 de febrero de 1996, ya citada, FJ 3, rememorada en la de 24 de enero de 2006 (casación 536/02, FJ 3); en igual sentido se manifestaron las Sentencias de 13 de enero de 2000 (casación 7837/95, FJ 2), 12 de septiembre de 2006 (casación 2053/02, FJ 5), 5 de junio de 2007 (casación 9139/03, FJ 2), 31 de enero de 2008 (casación 4065/03, FJ 3), y 5 de febrero de 2008 (recurso directo 315/06, FJ 3)]. Ahora bien, no acaba aquí el catálogo de situaciones en las que, atendiendo al cariz de la actividad administrativa de la que emana el daño, puede concluirse que el particular afectado debe sobrellevarlo. También resulta posible que, ante actos dictados en virtud de facultades absolutamente regladas, proceda el sacrificio individual, no obstante su anulación posterior, porque se ejerciten dentro de los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales y que, por ende, no puede quedar paralizada ante el temor de que, si revisadas y anuladas sus decisiones, tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes. En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el funcionamiento de un determinado servicio público resulta antijurídico, ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de racionalidad exigibles. Esto es, si, pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para los que se la ha atribuido la potestad que ejercita. Así lo hemos expresado en las dos Sentencias referidas de 14 de julio y 22 de septiembre de 2008, dictadas en unificación de doctrina (FFJJ 4 y 3, respectivamente)».

Ahora bien, en lo que hace al caso concreto, el Tribunal parece desvincular la procedencia de la indemnización de la pertinencia o no de la medida cautelar. Parece, en definitiva, que con base en la doctrina del sacrificio especial (por acto lícito o autorizado, pero quebrantador de la igualdad ante las cargas públicas), afirma la responsabilidad patrimonial por los daños derivados de un cierre cautelar (lícito o no) que devienen completamente injustificados cuando sobrevienen las sentencias anulatorias de las sanciones impuestas: «En nuestra indagación, dado que nos encontramos ante una reclamación para compensar los daños y perjuicios derivados de un cierre cautelar producido en el seno de unos procedimientos sancionadores que desembocaron en la imposición de unas sanciones anuladas en sede jurisdiccional, debemos precisar que esas medidas precautorias, aunque separadamente recurribles (y así lo fueron en el caso debatido), carecen de existencia autónoma. Sólo tienen razón de ser si se enderezan a asegurar la efectividad de una resolución definitiva (en este caso sancionatoria), a cuyas resultas se encuentran indefectiblemente vinculadas. De este modo, revocadas las multas impuestas, las medidas cautelares pierden toda justificación, con independencia de su intrínseca legitimidad [Sentencia de 18 de diciembre de 2000 (casación 8669/96, FJ 5)]».

No obstante, el Tribunal acaba vinculando el resarcimiento, no con el sacrificio especial impuesto, sino con la ilegalidad de la medida cautelar en sí. Se esfuerza en este sentido en argumentar que el decreto de cautelas de este tipo está completamente reglado y en que las concretamente impuestas eran por completo desproporcionadas, pues «eran innecesarias para salvaguardar la decisión final». Además, «no resultaba imprescindible proceder a su puesta en práctica mediante la irrupción de las fuerzas policiales en los locales en plena sesión y en presencia de los clientes, pudiendo hacerse ese mismo día en otras circunstancias menos gravosas para los afectados». La sentencia se remata con la declaración de que «el único concepto resarcible consiste en las pérdidas o las ganancias dejadas de percibir por el cierre cautelar entre el 15 (a las seis de la tarde) y el 27 de septiembre de 2000, cuyo importe se precisará en la fase de ejecución de sentencia atendiendo a la media aritmética de los beneficios declarados por el grupo empresarial en el impuesto sobre sociedades de los dos ejercicios anteriores (1998 y 1999), teniendo en cuenta, en la medida de lo posible, los datos relativos a la segunda quincena del mes de septiembre de ambos periodos. La suma que así se obtenga, referida al año 2000, deberá incrementarse desde entonces hasta su total pago con el interés legal del dinero, cantidad que también devengará a partir de la notificación de esta sentencia ese interés legal, con arreglo al art. 106, apartado 2, de la Ley reguladora de esta jurisdicción».