

---

# Jurisdicción contencioso-administrativa y responsabilidad patrimonial <sup>1</sup>

Luis MEDINA ALCOZ  
*Profesor Titular de Derecho Administrativo (habilitado)*  
*Universidad Complutense de Madrid*

**Sumario:** I. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: 1. La impugnación de acuerdos por los miembros de la corporación. 2. Silencio administrativo y plazos. – II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: 1. Planteamiento. 2. El daño. 3. La relación de causalidad. 4. Los títulos de imputación. 5. Cuestiones procesales.

## I. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

### 1. La impugnación de acuerdos locales por los miembros de la corporación

En 2007 el problema de la impugnación de acuerdos locales por los miembros de la corporación ha resurgido con fuerza: El Tribunal Constitucional, después de sentar en sendas Sentencias de 2004 y 2006 una regla general de legitimación de los representantes locales para recurrir los actos de las entidades de las que forman parte, ha vuelto a referirse a ella en un Auto de 2007, de inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un juzgado tarraconense; los Tribunales Superiores de Justicia han empezado a aplicar la regla, reconociendo a concejales y diputados provinciales la legitimación que les negaba la jurisprudencia tradicional; y el Tribunal Supremo ha llevado la contraria a uno y a otros en lo que podría convertirse en un nuevo conflicto entre la máxima instancia jurisdiccional y el máximo intérprete de la Constitución. Vayamos por partes.

---

1. Trabajo realizado en el marco de los Proyectos I+D del Ministerio de Educación y Ciencia con referencias SEJ 2006-10322 y SEJ 2007-64055, integrados en el Grupo de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid (ref. 931089) sobre «Las transformaciones del Estado y la autonomía local: organización institucional, servicios públicos y democracia participativa».

Era jurisprudencia constante que los concejales y diputados provinciales sólo pueden hacer valer su genérico interés en el buen funcionamiento de la Administración local para impugnar los actos de su corporación cuando hubieran votado en contra. Esto porque el artículo 20.a) Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJ) niega la legitimación para impugnar los actos de una Administración a quienes forman parte de ella [«No pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública: a) Los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una Ley lo autorice expresamente]; y el artículo 63.1.b) Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) establece una única excepción cuando el representante local hubiera votado en contra («Junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico: b) Los miembros de las Corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos»).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en sentencias 173/2004, de 18 de octubre, y 108/2006, de 3 de abril (*Ar.: RTC 2004\173 y 2006\108*), otorgó el amparo a un concejal y a un diputado provincial, respectivamente, por haberse inadmitido los recursos que interpusieron contra el Acuerdo del Alcalde, en un caso, y del Presidente de la Diputación Provincial, en otro. A juicio del Alto Tribunal, el artículo 24 CE obliga a ampliar las posibilidades impugnatorias hasta ahora reconocidas a los representantes locales. Sin embargo, lejos de declarar la inconstitucionalidad de los artículos 20.1.a) LJ y 63.1 LBRL, el Tribunal dice que la «interpretación conjunta» de ambos revela la existencia de un «principio de legitimación de los miembros representantes populares de las corporaciones locales»; principio del que parte, en realidad, el artículo 63.1.b) LBRL y que «resulta matizado en el caso de que los actos propios de dicho representante durante el proceso de formación de voluntad del órgano que dictó el acto de que se trate contradigan palmariamente la posterior actividad impugnatoria». Consecuentemente, esa «interpretación conjunta» podría conducir, a tenor de esta doctrina constitucional, a admitir la legitimación del concejal (o diputado provincial), no sólo cuando, formando parte del órgano responsable de la actuación discutida (el Pleno y, en su caso, la Junta de Gobierno Local), hubiera votado en contra; también cuando hubiera dejado de votar a favor por ausencia o abstención o por no ser miembro del órgano responsable de la actuación.

La notable transformación del régimen de legitimación de concejales y diputados provinciales, aunque basada en el artículo 24 de la Constitución española (CE), se ha hecho sin discutir la constitucionalidad de los preceptos que habían soportado la regla general de la falta de legitimación. De ahí que el juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Tarragona, al conocer del recurso contencioso-administrativo interpuesto por dos concejales del Ayuntamiento de Deltebre contra diversos Acuerdos de la Junta de Gobierno Local de esa corporación, planteara en abril de 2006 cuestión de

inconstitucionalidad en relación con el artículo 20.a) LJ y, muy en particular, respecto del término «expresamente». El órgano judicial, al promover la cuestión, explicó la difícil tesitura en que se hallaba: debía elegir entre dejar de observar la Ley y la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo para reconocer legitimación a los concejales recurrentes; o inaplicar la doctrina sentada en la STC 173/2004 para inadmitir el recurso. Y es que, a su juicio, hay una «contradicción insalvable» entre la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en la sentencia 173/2004 y el artículo 20.a) LJ, pues la primera «parte de la regla general de que el concejal goza de legitimación siempre y como nota consustancial a su representatividad política», mientras que el segundo «parte de la regla general de que...nunca goza de legitimidad, y ello como nota consustancial a su condición de miembro de un órgano de la Administración». Para el promotor de la cuestión, si es cierto que las exigencias del artículo 24 CE permiten deducir una regla general implícita de legitimación, es claro que el artículo 20.a) LJ puede infringir la Constitución al requerir que «la legitimación se atribuya expresamente, no de manera implícita o velada, deducida sólo mediante una labor de interpretación».

De este modo, se le ha brindado al Tribunal Constitucional una nueva oportunidad para perfilar su doctrina y, en concreto, para concretar la base legal en que se apoya el principio de legitimación que, ligado a las exigencias de la tutela judicial efectiva, permite recurrir a los representantes locales los actos de los órganos de su corporación, aunque no estén integrados en ellos y aunque, estándolo, no hubieren votado en contra. Sin embargo, el *ATC 147/2007, de 27 de febrero*, inadmite la cuestión planteada por entender que «resulta notoriamente infundada» y, aunque motiva ampliamente su decisión, se limita, básicamente, a reproducir los argumentos manejados en sus sentencias de 2004 y 2006.

El Tribunal vuelve a referirse a la «interpretación conjunta» de los artículos 20.a) LJ y 63.1.b) LBRL de la Ley de bases de régimen local, como recurso del que se deriva «claramente» (?) una «fuente o modalidad de título legitimador, independiente del derivado del régimen general del ‘interés legítimo’» que permite a los concejales y diputados provinciales impugnar los actos de su corporación. Para el Tribunal «la literalidad del artículo 20.a) LJ, en especial el empleo del adverbio ‘expresamente’, no es óbice para la aplicabilidad de la doctrina constitucional» sentada en las sentencias 173/2004, de 18 de octubre, y 108/2006, de 3 de abril. Se señala, además, que «la interpretación del artículo 20.a) LJ como una prohibición absoluta no resulta razonable y merece ser calificada como excesivamente restrictiva cuando se pondera con la efectividad del derecho fundamental» a la tutela judicial efectiva; derecho que obliga a los órganos judiciales a «interpretar con amplitud las fórmulas que las Leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales, resultando censurables aquellas apreciaciones judiciales de falta

de legitimación que carezcan de base legal o supongan una interpretación arbitraria, irrazonable o excesivamente restrictiva de la disposición legal aplicable al caso contraria a la efectividad del derecho fundamental». Y añade que la lógica del precepto mencionado (ausencia de legitimación del órgano por formar parte de la persona jurídica a la que se le imputan las resoluciones susceptibles de impugnación) no puede suponer que el mero dato de la pertenencia de los ciudadanos a una Administración pública les prive de «uno de los contenidos del derecho fundamental del que en todo caso son titulares, de tal suerte que las decisiones de admisión o inadmisión de los eventuales recursos contencioso-administrativos contra aquellas resoluciones en cuyo proceso de formación de la voluntad de la Administración no han intervenido como miembros del órgano que las adopta (así en el presente caso en el que los concejales recurrentes no formaban parte de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Deltebre, cuyos Acuerdos impugnaron) habrán de acordarse aplicando las reglas generales de legitimación activa, ponderando muy especialmente la titularidad de un interés legítimo o de un derecho subjetivo por parte de los actores».

El ATC contribuye a consolidar la pasmosa ampliación de supuestos de legitimación de concejales y diputados provinciales para recurrir los actos de su corporación producida por la jurisprudencia constitucional reciente. Esta ampliación y, sobre todo, los razonamientos esgrimidos para sustentarla son, sin embargo, discutibles, de lo que es indicio el hecho de que el Auto, al igual que las sentencias de las que se nutre, haya merecido votos particulares (el Magistrado Vicente Conde Martín de Hijas los formuló al Auto 147/2007 y a las SSTC 173/2004 y 108/2006; y el Magistrado Javier Delgado Barrio al Auto y a la segunda sentencia, adhiriéndose a este último el Magistrado Pablo Pérez Tremps). Por eso no me parece evidente que la cuestión planteada estuviera «notoriamente infundada», como señala el Tribunal para inadmitirla.

Desde luego, el artículo 20.a) LJ de ninguna manera puede interpretarse como la prohibición de que el concejal (o diputado provincial) impugne los actos del Alcalde (o Presidente provincial), del Pleno o de la Junta de Gobierno Local, cuando quiere hacer valer ante los Tribunales los derechos e intereses que la legislación de régimen local le atribuye en cuanto tal. Tampoco cuando puede alegar un derecho o interés legítimo como cualquier vecino, o acogerse a una acción popular. Pero, fuera de estos casos, cuando el interés del concejal es sólo el general en el buen funcionamiento de la corporación local, me parece indudable que el artículo 20.a) LJ le niega la legitimación para interponer el recurso, salvo que una Ley lo autorice expresamente; y entiendo también que es bastante claro que el único supuesto *expresamente* autorizado está rotundamente delimitado en el artículo 63.1.b) LBRL. Considero, además, que estos preceptos establecen una solución que es, no sólo aceptable en términos constitucionales, sino también conveniente: se amplían las posibilidades de un control interno por parte de representantes de la corporación —que es oportuno habida cuenta de desapari-

ción de los controles administrativos en la legislación básica estatal—, pero no hasta el punto de que cualquier discrepancia política pueda acabar —disfrazada de discusión técnico-jurídica— en los Tribunales contenciosos (cfr. Eloísa Carbonell Porras, «El ‘interés concreto’ de los concejales ‘en el correcto funcionamiento de la corporación local’ como título de legitimación», *RAP*, núm. 168, 2005, pp. 187-213). El mero interés en el buen funcionamiento del Gobierno local es un título legitimador que puede hacer valer el concejal o el diputado provincial, pero sólo cuando forme parte del órgano que dictó el acto impugnado y haya votado en contra. Resulta, en fin, difícil de comprender que el Tribunal Constitucional diga que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva obliga a ampliar las posibilidades impugnatorias de los representantes locales y que, al tiempo, sancione la constitucionalidad de los artículos 20.a) LJ y 63.1.b) LBRL. El ATC 147/2007 sigue sin aclarar cuál es esa base legal que permite ampliar la legitimación del concejal (y diputado provincial) sin que por eso deba discutirse la constitucionalidad de los artículos 20.1.a) LJ y 63.1.b) LBRL. Lo más parecido a esa base legal es la «interpretación conjunta» de esos dos artículos. Sin embargo, no parece que ese principio general de legitimación pueda apoyarse en la exégesis de dos preceptos que establecen con toda claridad la prohibición de impugnar los actos de una Administración a quienes forman parte de ella, salvo autorización legal expresa; y una única excepción acotada con igual claridad.

Los problemas que suscitan la solución y los razonamientos esgrimidos por el Tribunal Constitucional explican, quizá, la desigual suerte que está mereciendo el «nuevo» principio de legitimación. Mientras que los Tribunales Superiores de Justicia han empezado a aplicarlo, el Tribunal Supremo se resiste a modificar su jurisprudencia constante y fuertemente arraiga en el tenor de los artículos 20.1.a) LJ y 63.1 LBRL. La *sentencia 277/2007, de 30 marzo, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid (Ar. 2007\229897)* y la de *6 de noviembre de 2007, del Tribunal Supremo (Ar. 2007/8390)*, proporcionan buenos ejemplos en este sentido.

La STS resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 23 de diciembre de 2002 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Alloza de renovación del convenio para la impartición de 1.º y 2.º de Educación Secundaria Obligatoria suscrito con el Ministerio de Educación y Ciencia. El Tribunal Supremo estimó el recurso habida cuenta de que uno de los recurrentes era el Alcalde de la localidad y se opuso al acuerdo. Lo interesante de la sentencia es, no tanto que el Tribunal atribuyera esa legitimación, sino que aplicara al efecto, no la doctrina constitucional, sino la que tiene consolidada desde hace tiempo. Por lo demás, una sentencia reciente del Tribunal Supremo ha aplicado ese criterio para negar la legitimación del concejal del Ayuntamiento de Verín (Galicia) que se abstuvo en la votación del acto impugnado. Me refiero a la STS de 14 de noviembre de 2005 (*Ar. 2005/9881*) que se enfrenta a la doctrina constitucional, aunque intenta disimularlo. Así cuando, después de explicar su propia doctrina («los concejales de una

corporación local no pueden impugnar los acuerdos de la corporación a que pertenecen más que en aquellos supuestos en que hubieren votado en contra», declara que coincide en lo sustancial con la del Tribunal Constitucional («[p]osición que, independientemente de la solución adoptada en el recurso de amparo 2902/2002, fallado por sentencia 173/2004, de 18 de octubre, es la esencialmente mantenida por el Tribunal Constitucional»).

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia mencionado se aleja de este planteamiento, acercándose al del Tribunal Constitucional. Trae causa del recurso interpuesto por un concejal del Ayuntamiento de Madrid contra la Resolución de la concejalía de Urbanismo, Vivienda e Infraestructuras de ese Ayuntamiento por la que se adjudica el concurso para la gestión del servicio público de reforma, conservación y explotación de la vía urbana M-30, mediante sociedad de economía mixta. Al conocer del asunto en primera instancia, el Juzgado dictó Auto de 17 de julio de 2006 de inadmisión basado en que el concejal recurrente no forma parte del órgano colegiado cuya actuación impugna, no pudiendo, consecuentemente, votar en contra, como exige el artículo 63.1.b) LBRL; y en que no ostenta un interés legítimo que le permita recurrir con base en el artículo 19 LJ, sino un mero interés en la legalidad. Pero en segunda instancia el Tribunal Superior reconoció la legitimación del concejal sobre la base de la nueva doctrina constitucional: «Esta doctrina del Tribunal Constitucional es como puede apreciarse fácilmente aplicable al concejal del Ayuntamiento de Madrid recurrente que pretende impugnar ante esta Jurisdicción contencioso-administrativa un Acuerdo de la Concejal del Área de Urbanismo, Vivienda e Infraestructuras..., y lo es porque dicho concejal, en esa condición, tiene interés en que los contratos administrativos que se adjudican y que se modifican por el Ayuntamiento de Madrid del que aquél forma parte, se hagan con pleno respeto a la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas que rige todo lo relativo a los contratos para la gestión de servicios públicos».

La sentencia es destacable, además, porque intenta concretar el grado de contraste entre las posturas recientemente mantenidas por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. Señala en este sentido que «[e]s verdad que la postura del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional no coinciden en relación a la legitimación de los miembros de las Corporaciones Locales que no perteneciendo a un determinado órgano de la corporación, pretenden sin embargo impugnar un Acuerdo de uno de tales órganos, ya que el primero no permite la impugnación en tanto que el segundo si la permite». Aprecia, no obstante, que las diferencias relevantes entre los supuestos recientemente considerados por ambos Tribunales (acto local que el recurrente no pudo votar en contra por no formar parte del órgano que lo dictó; y acto local al que no se opuso el miembro de la Corporación, pudiendo hacerlo) pueden explicar, en parte, las diferentes soluciones mantenidas: «pero también es cierto que la última de las Sentencias de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo que aborda la cuestión, la de 14 de noviembre del año 2005..., aunque cita la primera de las dos Sentencias del Tribunal

Constitucional que hemos reseñado, en realidad lo que resuelve no es la legitimación activa del miembro de una corporación local que no perteneciendo a un órgano de aquélla, pretende sin embargo impugnarlo, sino que de lo que trata es de la posibilidad de impugnación del miembro de un determinado órgano que no votando en contra de un concreto acuerdo, en el que se abstiene, más adelante intenta su impugnación. La sentencia del Tribunal Constitucional 173/2004 abona en cualquier caso justamente la conclusión contraria a la que llega el Auto apelado, porque al margen del caso concreto que resuelve, sienta una doctrina general sobre el alcance de la legitimación de los miembros de las Corporaciones Locales para impugnar los acuerdos de sus órganos colegiados, aunque no pertenezcan a tales órganos, por su condición de miembro del Ayuntamiento interesado en virtud del mandato representativo que ostenta en el correcto funcionamiento de la corporación, y esa conclusión favorable a la posibilidad de que los miembros de una corporación local están legitimados activamente para impugnar los acuerdos de los órganos de gobierno de dicha corporación, aunque no pertenezcan a tales órganos, con la sola excepción de que si son miembros de aquellos órganos, solo están legitimados si votan en contra, es absolutamente indiscutible tras la Sentencia del Tribunal Constitucional número 108/2006, que analiza y resuelve un supuesto igual al que se impugnó ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 18 de Madrid por el concejal del Ayuntamiento de Madrid señor Carlos José».

## 2. Silencio administrativo y plazos

En materia de silencio administrativo en procedimientos tramitados por entidades locales hay varias sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que son destacables; en un caso, por admitir que la mecánica del silencio positivo puede generar actos presuntos ilegales en contra de la tendencia jurisprudencial generalizada a concebir el cumplimiento de la legalidad como condición, no de validez, sino de existencia del acto presunto; y en otros, por aplicar la doctrina constitucional según la cual el cumplimiento del plazo previsto para el recurso contra la desestimación por silencio no puede ser razonablemente exigido en un sentido extensivo. A su vez, el Tribunal Constitucional ha vuelto aplicar su doctrina en materia de tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, para amparar en supuestos de inadmisión basadas en la caducidad del plazo semestral para reaccionar contra el silencio o en la inaplicación del artículo 135 de Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que permite presentar escritos procesales dentro de las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo.

La *sentencia 1248/2007, de 19 octubre* —que trae causa del recurso interpuesto contra el acuerdo Ayuntamiento de Taulada que tiene por desistido al peticionario de una licencia de parcelación—, es exponente de una novedosa y reciente jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del *Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad*

de Valencia que cuestiona la tesis, todavía mayoritaria (STS de 28 de febrero de 2007, Ar. 2007/4846), según la cual la técnica del silencio positivo sólo puede entrar en juego cuando la solicitud formulada y no respondida es conforme a Derecho. La sentencia se apoya en un nutrido conjunto de razones para afirmar que, de conformidad con la Ley 30/1992 y la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana (LUV), la pasividad administrativa puede generar auténticas licencias ilegales, lo que impide a la Administración adoptar una resolución denegatoria tardía, aunque no iniciar procedimiento para revisar de oficio el acto positivo presunto o declarar su lesividad.

El argumento fundamental para admitir la categoría de acto presunto *contra legem* es la literalidad del artículo 62.1.f) Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC): «Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: ... f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición». A juicio del Tribunal, este precepto obliga a abandonar la tesis de que el acto presunto es inexistente si se comprueba que la solicitud es contraria al ordenamiento jurídico; tesis tradicionalmente apoyada en el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992 (y en sus equivalentes autonómicos): «en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico».

Sobre esta base, el Tribunal realiza una interesante exégesis de la regulación del silencio establecida en la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana.

«El artículo 196 LUV... tras afirmar... que en ningún caso se entienden adquiridas por silencio positivo las licencias contrarias a la legislación urbanística y a los planes, inmediatamente añade, en su apartado cuarto, que las licencias obtenidas por acto expreso o presunto son nulas de pleno derecho cuando contravengan manifiestamente el planeamiento o la legislación urbanística. Existe pues una contradicción palmaria entre el apartado tercero y el apartado cuarto del artículo 196, dado que el primero, *a sensu contrario*, nos está diciendo que no hay licencia (si lo preferimos, que la misma se puede entender desestimada; que el valor del silencio es negativo); mientras que el segundo nos dice que en caso de manifiesta ilegalidad de la licencia, el transcurso del plazo máximo para resolver y notificar produce una licencia, sí, pero nula de pleno derecho. Lo primero conduciría a la posibilidad de que la Administración desconociera pura y simplemente el silencio, por cuanto la licencia no existiría; lo segundo llevaría a considerar que la licencia es nula y que hay que proceder a su revisión de oficio. Ante dicha contradicción, y dado que el apartado tercero del artículo 196.3



es manifiestamente contrario a la Ley 30/92, mientras que el apartado cuarto se acomoda a ella casi de forma literal (el precepto es casi un calco del artículo 62.1.f) de la Ley 30/92), debemos inclinarnos por aplicar el artículo 196.4 LUV y exigir en todo caso, pues, la revisión de oficio de la licencia ilegal».

Se subrayan otras razones que, «aunque sean a mayor abundamiento», conducen a la misma solución. Se señala que «la interpretación contraria podría llevar a extremos realmente peligrosos para el principio de seguridad jurídica» y que no puede aducirse «que la Administración quede inerte o desprotegida ante una grave infracción urbanística por el hecho de que la licencia ilegal se entienda obtenida por silencio positivo» porque en los casos más problemáticos el silencio es negativo» y, además, «la regulación misma de la revisión de oficio deja en manos de la Administración, en estos casos, las suficientes armas como para defender adecuadamente el interés general». Se refiere el Tribunal, en particular, al artículo 104 LRJPAC, que «permite que, una vez iniciado el procedimiento de revisión de oficio, se dicte como medida cautelar la suspensión del acto sometido a revisión cuando de su ejecución pudieran seguirse perjuicios de muy difícil o imposible reparación». También a las nuevas Leyes autonómicas que, ajustadas a la reforma de la Ley 30/1992 operada por la Ley 4/1999, «no permiten a la Administración una vez transcurrido el plazo ni desconocer ni obstaculizar ni resolver en contra, obviamente, puede y debe acudir a los procedimientos de revisión de oficio». De lo expuesto, colige el Tribunal que «no resulta conforme a Derecho que el Ayuntamiento proceda pura y simplemente a desconocer los efectos de una licencia ilegal otorgada por silencio positivo; en suma, aun en los casos de ilegalidad de la licencia, el silencio positivo se produce también y procede instar su revisión de oficio (o declaración de lesividad, en su caso)».

En la *sentencia 40/2007, de 29 de febrero (RTC 2007/40)*, el *Tribunal Constitucional* ha reiterado su doctrina sobre fijación y cómputo de plazos para la impugnación del silencio administrativo (SSTC 14/2006, de 16 de enero, *RTC 2006/14*, y 175/2006, de 5 de junio, *RTC 2006/175*). En esta ocasión, se aprecia que la *sentencia* del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 28 de noviembre de 2003 ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, por haber inadmitido, por extemporáneo —al apreciar la caducidad del plazo semestral previsto en el artículo 46.1 LJ *in fine*—, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una sociedad contra la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso de reposición que había presentado contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Ansoain de 29 de octubre de 2001.

Dice la *sentencia* que, en este caso, el órgano judicial ha computado el plazo para el acceso a la jurisdicción a partir del día en que, de acuerdo con la normativa aplicable al caso (art. 117.2 LRJPAC), había de entenderse desestimado por silencio administrativo el referido recurso de reposición, «obviando el incumplimiento por parte de la Administración de su obligación de resolver expresamente el dicho recurso (art.

42.1 LRJPAC), así como de su deber de informar al recurrente del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación del procedimiento, de los efectos que podía producir el silencio administrativo y, en fin, de la fecha en el que el recurso había sido recibido por el órgano competente para su tramitación (art. 42.4 LRJ-PAC)». Según el Tribunal Constitucional, esta interpretación y aplicación de la figura del silencio, en relación con el cómputo de los plazos para recurrir en vía Contencioso-Administrativa, «resulta contraria a las exigencias impuestas por el principio *pro actione*, como garantía inherente al derecho a la tutela judicial efectiva». El silencio negativo es una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda llegar a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración, de manera que en estos casos «no puede calificarse de razonable aquella interpretación de los preceptos legales que prime la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver».

En línea con esta doctrina, la *STSJ de Cataluña, de 27 febrero (JUR 2007\282621)*, revocó la sentencia de instancia que declaró inadmisibile el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación por silencio del recurso de reposición presentado, a su vez, contra la desestimación por silencio de la solicitud de fraccionamiento de la primera cuota urbanística girada a la apelante por la realización de unas obras de urbanización. A tal efecto, aplicó la doctrina constitucional a cuyo tenor «la regla de que el recurrente debe impugnar la desestimación presunta de su recurso de reposición en el plazo de los seis meses siguientes a su interposición no puede ser razonablemente aceptada en un sentido extensivo, pues ello significaría equiparar, cuando no primar, la inactividad de la Administración frente a los supuestos en que el texto íntegro del acto se notifica personalmente al interesado, supuesto en que cabe a éste la absoluta certeza de que no puede esperar ya una resolución de contenido distinto». Se sitúa también en esta línea la *STSJ Comunidad Valenciana, de 15 junio (JUR 2001\273984)*, en relación con la desestimación por silencio del recurso de reposición deducido contra la liquidación practicada en concepto de contribuciones especiales por las obras de pavimentación, alumbrado y suministro de agua potable en Loma del Castillo de Chiva.

Hay que destacar, en fin, las sentencias del Tribunal Constitucional que a lo largo del año 2007 han estimado que en la jurisdicción contencioso-administrativa la inadmisión, por extemporaneidad, de escritos procesales vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) cuando fueron presentados, al amparo del artículo 135 LEC, dentro de las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo. Así, en supuestos de inadmisión de demandas (*SSTC 25/2007, de 12 de febrero, RTC 2007/25; 130/2007, de 4 junio, RTC 2007/130; 159/2007, de 2 de julio, RTC 2007/159*) o recursos de súplica (*STC 198/2007, de 24 de septiembre, RTC 2007/1989*). En estos casos, el Tribunal Constitucional dice no querer efectuar un pronunciamiento general acerca de si el artículo 135.1 LEC es o no aplicable con carácter supletorio en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues esa

tarea corresponde a la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, cuando los órganos judiciales inaplican el precepto, el máximo intérprete de la Constitución estima que la inadmisión fue efectuada de manera formalista y con un rigor desproporcionado que no supera un canon mínimo de razonabilidad ni se compadece con las exigencias del principio *pro actione*.

## II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

### 1. Planteamiento

En materia de responsabilidad patrimonial de las entidades locales, los denominados «supuestos indemnizatorios» del Derecho urbanístico (la mayoría de los cuales se refiere, en realidad, a operaciones de naturaleza expropiatoria) han pasado a regularse en el artículo 30 de la nueva Ley 8/2007 de Suelo. Se trata, en realidad, de una regulación que recoge con pocas variaciones la establecida en la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones (arts. 41 y ss.). Tal regulación ha sido objeto de varios estudios doctrinales. Muy destacable es la monografía de Eva MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo (*Los supuestos indemnizatorios en la Ley 8/2007 de Suelo y en la legislación sobre Espacios Naturales Protegidos*, prólogo de Leopoldo TOLIVER ALAS, Thomson/Civitas, 2007). Es de los pocos estudios que aborda el tema en clave de Derecho comparado (se estudian las soluciones de los ordenamientos alemán y francés) y desde la perspectiva de la teoría general de la expropiación y la responsabilidad.

La jurisprudencia de los Tribunales no ha introducido grandes novedades en el Derecho de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en general, y las entidades locales, en particular. No obstante, hay algunos pronunciamientos destacables en relación con los elementos esenciales de la responsabilidad (el daño, la causa y el título de imputación) y la jurisdicción competente. A ellos me refiero a continuación.

### 2. El daño

En relación con el daño, es particularmente relevante la *STS de 27 de marzo de 2007* (Iustel §266695). En ella se sienta el criterio de que resulta ilógico y arbitrario establecer indemnizaciones globales, sin aplicación de criterios precisos y sin ponderación de circunstancias concurrentes, como la edad del perjudicado, el alcance de sus lesiones o la afectación moral que suponen. Se acoge también la doctrina de la *compensatio lucri cum damno* para descontar de la indemnización la parte de la reparación que la víctima puede conseguir a través de la Seguridad Social. Aunque la sentencia resuelve un supuesto de daños causados por la Administración militar, su

doctrina es perfectamente extrapolable a la responsabilidad patrimonial de las entidades locales.

Un Sargento, al regreso de unas maniobras, y en el interior de la oficina de auxiliares de la segunda Compañía, montó su arma reglamentaria, la cargó con munición y, apuntando al suelo, efectuó un disparo que alcanzó al actor, causándole daños. El Tribunal de instancia declaró la responsabilidad patrimonial de la Administración y el derecho del lesionado a obtener la suma de 1.500 € en concepto de indemnización por todos los daños y perjuicios padecidos. No conforme con dicha sentencia el interesado interpone recurso de casación, alegando que la sentencia no explica por qué se llega a tan exigua cantidad resarcitoria ni los conceptos que la misma abarca y señalando que no cabe hablar de razonamiento lógico sin premisas conocidas. El Tribunal Supremo estima el recurso, reputando el juicio valorativo de la Sala de instancia como contrario a la lógica y razonabilidad exigibles y arbitrario. Señala, en particular, que «se echa en falta una ponderación de las circunstancias concurrentes en relación con el alcance de las lesiones padecidas por el perjudicado, su edad, limitaciones que le suponen y afección moral por sus propias características, sin que se haya producido una valoración del alcance de la reparación integral, sobre la que pueda operar la consideración de la pensión que se le llegue a reconocer al recurrente, aun cuando no se conociera al momento de dictarse la sentencia, de manera que la Sala en ningún momento toma en consideración criterios precisos que justifiquen el señalamiento de una cantidad, como la de 1.500 euros, que así fijada carece de lógica y razonabilidad en cuanto, admitido el carácter complementario al objeto de reparación total del perjuicio, ni siquiera se refiere al alcance de tal reparación integral, por lo que no existe modo alguno de contrastar que esta se vaya a producir». Al recobrar la instancia, sienta el criterio de que «ha de descontarse la reparación que obtenga [el recurrente] mediante la pensión que finalmente le sea fijada, pues el hecho de que no se conozca su importe no excluye su valoración...descuento a efectuar en ejecución de sentencia y que vendrá determinado por la capitalización a diez años de dicha pensión al interés legal del dinero a la fecha de su reconocimiento». La cantidad total de la que ha de descontarse el importe señalado es 66.000 €, suma que se entiende «comprensiva de todos los conceptos perjudiciales». Resulta cuanto menos curioso que el Tribunal no se afane en vertebrar la indemnización calculada, distinguiendo los diferentes conceptos incluidos, y que diga, simplemente, que «tampoco se han especificado o desglosado por el interesado». El problema es, a mi modo de ver, que el importe de la pensión habría de descontarse de la partida correspondiente, no al perjuicio personal, sino al lucro cesante, y, dada la falta de vertebración del *quantum* adjudicado, no podemos saber si éste ha sido efectivamente calculado e indemnizado.

Lo habitual es, sin embargo, que el Tribunal Supremo rechace en la vía casacional la posibilidad de cuestionar la cuantía indemnizatoria en materia de responsabilidad patrimonial a través de una doctrina que, no por consabida, deja de ser discutible: «la determinación de la misma, como estricta cuestión de hecho, corresponde a la sobera-

nía del Tribunal de instancia, y es reiterada la jurisprudencia de esta Sala que solamente permite en casación, y ante la inexistencia del motivo en base a error en la apreciación de la prueba en la Ley de la Jurisdicción vigente, discutir la valoración de los hechos efectuada por el Tribunal de instancia cuando la misma resulta ilógica u arbitraria, contraria a los principios que rigen la sana crítica o cuando se denuncian como infringidos preceptos sustantivos sobre valoración de prueba» [STS de 28 de marzo de 2007 (Iustel §267076)]. De hecho, cuando el Tribunal Supremo afirma que el baremo establecido para los perjuicios producidos en accidentes de circulación puede tener un carácter orientativo, suele hacerlo para negar que pueda alegarse su infracción o inaplicación como fundamento de un motivo de casación, no porque pretenda sentar una doctrina favorable al manejo de parámetros objetivos de valoración [ex multis SSTs de 6 de marzo de 2007 (Iustel §265733), 3 de mayo de 2007 (Iustel §267868)].

Por lo demás, cuando el Tribunal anula la sentencia y recobra la instancia suele fijar indemnizaciones globales, sin distinguir conceptos ni aplicar reglas de valoración. La STS de 21 de noviembre de 2007 (Ar. 2007/8464), declaratoria de la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de El Herrumblar (Cuenca) constituye un ejemplo en este sentido. Al valorar las «gravísimas lesiones» padecidas por la demandante, el Tribunal fija un cantidad global (360.000 €) sin desglosar los diferentes conceptos dañosos considerados ni sus correspondientes partidas indemnizatorias, limitándose a precisar que en la «cifra ha de entenderse ya comprendida la actualización a la fecha de la sentencia»,

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 artículo 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 se haya generalizado la fórmula de reconocer una suma global, señalándose que «ha de entenderse como ya actualizada» [SSTS de 5 de febrero de 2007 (Iustel §263415) y 20 de marzo de 2007 (Iustel §266690)]; o que «cubre la total responsabilidad indemnizable por la Administración en la fecha de la sentencia» [SSTS de 28 de febrero de 2007 (Iustel §267844) y 14 de marzo de 2007 (Iustel §266911)]. A veces se declara abierta y directamente que la cantidad global reconocida se establece como «adecuada compensación a la fecha de la sentencia» [STS de 7 de febrero de 2007 (Iustel §264529)].

La sentencia de 15 de marzo de 2007 (Ar. §266027) es mucho más respetuosa con la doctrina valorista establecida en la LRJPAC. En ella el Tribunal Supremo sigue reconociendo una cantidad global, señalando los criterios relevantes para la cuantificación, pero sin expresar cómo han sido computados: «Para la fijación de la indem-

nización procedente resulta necesario tener en cuenta la extrema gravedad de las secuelas de todo tipo, físicas, psíquicas y neurológicas con las que resultó el menor, todas ellas de carácter irreversible, que le impiden durante toda su vida el más mínimo desarrollo de su personalidad, de su autocuidado, y de relación con el mundo exterior, generándole una limitación muy profunda de todo género, así como el daño moral que se ha causado a sus padres encargados de su cuidado. A la vista de todo ello, parece ponderado otorgar como indemnización global por todos los conceptos reclamados la cantidad de cien millones de pesetas (601.012,10 €)». Sin embargo, declara que esa cantidad «se establece con referencia al día en que se formula reclamación en vía administrativa, y que habrá de actualizarse a la fecha de la sentencia de instancia, con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y sobre esas sumas convenientemente actualizadas, y de acuerdo con ese mismo artículo y apartado, se abonarán los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria y en el artículo 106.2 y 3 de la ley de la jurisdicción».

### 3. La relación de causalidad

El Tribunal Supremo ha mantenido su anterior doctrina en torno al nexo de causalidad, señalando que, aunque «el concepto de relación causal se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general», puede acogerse la teoría de la *conditio sine qua non*. Conforme a ésta, causa es el «acto o hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se produzca como consecuencia o efecto del primero» (SSTS de 7 de febrero de 2007, Iustel §264529; 16 de febrero de 2007, Iustel §264513).

Persisten también las matizaciones a este planteamiento, admitiéndose que la teoría de la condición, llevada al extremo, amplía *ad infinitum* el conjunto de factores causales relevantes, señalándose que, a efectos resarcitorios, no basta la prueba de que, en ausencia del hecho ilícito, la víctima habría dejado de sufrir el menoscabo; es necesario, que el hecho ilícito pueda reputarse *conditio sine qua non* y, además, que sea «normalmente idóneo para determinar aquel evento o resultado teniendo en consideración de las circunstancias del caso» (SSTS de 7 de febrero de 2007, Iustel §264529; 16 de febrero de 2007, Iustel §264513); o que la relación causal sea «directa» [STS de 7 de febrero de 2007 (Iustel §264529)], «eficaz» [STS de 19 de febrero de 2007 (Iustel §264510)], «eficiente» (STS de 7 de febrero de 2007, cit.) o «inmediata» [STS de 25 de abril de 2007 (Iustel §267862)].

El análisis de las sentencias dictadas durante el presente curso revela, no obstante, que los problemas causales a que se enfrenta el Tribunal Supremo sólo rara vez tienen que ver con la necesidad de aplicar criterios como los de la adecuación, la eficacia, la eficiencia o la inmediatez de la causa para negar relevancia indemnizatoria a *conditiones sine quibus non* cumplidamente acreditadas. Antes bien, la inmensa mayoría de sus

sentencias se enfrentan al problema de determinar si hay prueba de que, de no mediar el hecho ilícito, el daño habría dejado de parecerse. Puede decirse, en resolución, que las cuestiones que ocupan en la actualidad al Alto Tribunal tienen que ver, fundamentalmente, con la búsqueda de criterios, no para negar la responsabilidad en supuestos en que hay prueba de la *conditio sine qua non*, sino, al contrario para afirmar la responsabilidad en casos en que la referida prueba es difícil o dudosa por la imperfección del conocimiento empírico, las características del asunto enjuiciado o las limitaciones del proceso.

Pues bien, estos casos difíciles no han recibido una respuesta clara y unívoca por parte del Tribunal Supremo, que ha acudido a una considerable variedad de criterios. Se observa una clara tendencia a declarar responsabilidades pese a la ausencia de la prueba patente del nexo causal, pero se echa en falta una reflexión más profunda de la que deriven pautas de racionalidad que, adecuadamente fundamentadas, den una respuesta más segura y previsible al problema de la incertidumbre causal. Porque la lectura de las SSTS revela la multiplicación de expedientes y ajustes *ad hoc* con que afirmar responsabilidades en supuestos de causalidad dudosa, pero sin poner abiertamente en entredicho la lectura tradicional de la exigencia de que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Y no contribuye precisamente a introducir tal género de pautas la consabida y reiteradísima doctrina casacional de que la apreciación del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido sólo puede revisarse en casación cuando la Sala de instancia haya fijado los hechos probados de manera ilógica, irracional o arbitraria o con infracción de normas, jurisprudencia o principios generales del Derecho [*ex multis*, STS de 19 de febrero de 2007 (Iustel §264510)].

En ocasiones, el Alto Tribunal tiene por cierto el elemento causal sin siquiera entrar a valorar si el hecho ilícito puede, en efecto, reputarse *conditio sine qua non* porque haya suficientes elementos de juicio para ello (STS de 21 de marzo de 2007, Iustel §267846). A veces, ante las dificultades probatorias, se sienta el criterio de que corresponde a la Administración demostrar la inexistencia de relación causal, operándose una inversión de la carga de la prueba (STS de 14 de marzo de 2007, Iustel §266024). Otras veces la respuesta a la incertidumbre causal consiste en rebajar el estándar ordinario de prueba, admitiendo que puede tenerse por cierto que el hecho ilícito ocasionó el daño cuando hay una mera posibilidad de causa (STS de 14 de marzo de 2007, Iustel §266024). En algunas sentencias, se desvía la atención del problema de prueba de la relación causal entre el hecho ilícito y el daño padecido hacía un perjuicio distinto (p. ej., la denominada «pérdida de oportunidad»), al que se adjudica una sustantividad propia de manera más o menos artificiosa con el fin de declarar la responsabilidad sin cuestionar abiertamente los requerimientos probatorios tradicionales (STS de 4 de julio de 2007). Hay, en fin, supuestos en que se aplica un riguroso parámetro de certeza para rechazar la existencia del nexo causal y, por ende, la responsabilidad patrimonial de la Administración (STS de 19 de febrero de 2007, Iustel §264510).

En este sentido, una sentencia destacable es la *STS de 21 de noviembre de 2007* (*Ar. 2007/8684*). D. Joaquín se dirigió a una obra de cinco viviendas unifamiliares que estaban siendo construidas por la mercantil Prohecu, SL al objeto de solicitar varias escaleras de andamios. Al llegar, se produjo la caída de una grúa tipo pluma y de uno de los postes de cemento del tendido eléctrico propiedad de Iberdrola, golpeándole y causándole numerosas lesiones, siendo la más grave un síndrome de lesión medular transversal completo por debajo de D6 que determina paraplejia espástica. El Tribunal parte, correctamente, de que los textos legales aplicables para determinar la responsabilidad de los demandados son distintos. Mientras que la Administración se sujeta a la LRJPAC, los particulares se sujetan al Código civil. Sin embargo, la sentencia insinúa que las exigencias probatorias del nexo causal varían según que el régimen aplicable sea uno u otro: En «el orden civil corresponde la carga de la prueba de la base fáctica del (nexo causal), y por ende las consecuencias favorables de su falta al demandante». Se afirma así «la necesidad de cumplida demostración del nexo referido que haga patente la culpabilidad del agente en la producción del daño». A juicio del Tribunal Supremo, esto es lo que ocurre en el caso enjuiciado, pues, dice, según un informe pericial, único elemento de juicio de que se dispone, «no es posible establecer una causa taxativa de explicación del siniestro», pues éste pudo deberse a la caída de la grúa o la del poste de electricidad. Ante la imposibilidad de determinar quién fue el causante del daño, Prohecu S. L., responsable de la grúa; o Iberdrola, titular de la red eléctrica, el Tribunal Supremo decide condenar a la Administración por «una omisión del deber de vigilancia»; omisión que «ha de acarrear, cualquiera que sea el hecho —caída de la grúa o la del poste del tendido eléctrico— que se considere como causa eficiente de dicho siniestro, la responsabilidad del Ayuntamiento, que consintió la ubicación y permanencia de ambos sin la vigilancia debida en función del riesgo que ello suponía para los usuarios de la vía pública y, en definitiva, en atención al principio de responsabilidad administrativa objetiva que consagra la Ley 30/1992».

Se trata, en verdad, de un caso en que el Tribunal pudo aplicar la doctrina del daño causado por miembro indeterminado de grupo, aceptada por la Sala primera del Tribunal Supremo (sentencias de 8 de febrero de 1983, *Ar. 1983/867*; 22 de abril de 1983, *Ar. 1983/2118*; 8 de julio de 1988, *Ar. 1988/5681*; y 8 de marzo de 2006; *Ar. 2006/1076*) y plasmada en varios textos legales (Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación; y Leyes de caza estatal —1/1970—, riojana —9/1998—, canaria —7/1998—, aragonesa —5/2002— y cántabra —12/2006—). Tal doctrina se aplica a casos como el enjuiciado, esto es, supuestos de incertidumbre causal en que varias personas ejecutan conjuntamente una misma actividad, produciéndose un daño sin que pueda determinarse qué concreto sujeto realizó la conducta efectivamente productora del mismo. La singularidad de este tipo de casos, estriba en que se sabe que sólo uno de los miembros del grupo causó el daño, pero se desconoce exactamente cuál. Frente al criterio tradicional, contrario a la afirmación del nexo causal por ausencia de prueba, esta doctrina imputa a cada uno de los partícipes la totalidad del menoscabo, debiendo, por tanto,



responder solidariamente frente a la víctima; y admitiendo que, dentro de la relación interna que vincula a los distintos deudores, la indemnización se distribuya entre ellos en función de las probabilidades causales. A mi juicio, esta doctrina pudo aplicarse al caso para condenar solidariamente a la Administración y a las empresas demandadas.

Hay que destacar también la *STS de 4 diciembre 2007 (Ar. 2008\284)*, expresiva del tradicional celo que demuestran los Tribunales a la hora de apreciar el nexo causal, cuando el daño padecido es, no personal, sino patrimonial. La sentencia declara la nulidad del acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno del Ayuntamiento de Coín que denegó al recurrente la autorización para la captación de aguas en la finca de su propiedad sita en el Partido de Los Llanos. Sin embargo, desestimó la pretensión indemnizatoria del actor por cuanto «no existe nexo causal entre los pagos que hubiera podido realizar a una Comunidad de Regantes a la que pertenecía, según el documento que adjunta con el núm. 9 a su demanda, y la negativa municipal a concederle dicha licencia de obras, dado que su otorgamiento no habría implicado, sin más, la disponibilidad de agua suficiente para el riego de la finca de su propiedad, al tratarse de un proyecto que, aun contando con las autorizaciones administrativas pertinentes, no garantizaba el aforo necesario para el riego y tampoco que no hubiese tenido necesidad de darse de alta en la Comunidad de Regantes de la acequia «La Calerita», razón por la que no concurre la relación de causalidad exigible, conforme al artículo 139.1 LRJPAC, para que nazca el derecho a ser indemnizado por la negativa del Ayuntamiento a otorgar la licencia para las obras del pozo, y, por consiguiente, la pretensión formulada a tal fin debe ser desestimada».

#### 4. Los criterios de imputación

Durante el año 2007, siguiendo un criterio consolidado desde hace tiempo, el Tribunal Supremo ha manejado una concepción *panobjetiva* de la responsabilidad patrimonial, insistiendo, generalmente en los primeros Fundamentos Jurídicos de sus sentencias, en que los requisitos de la responsabilidad quedan limitados a la existencia de un daño antijurídico y una relación material de causa a efecto entre éste y el funcionamiento del servicio público. Sin embargo, 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 ha habido culpa individual (del servidor público) o institucional (del aparato administrativo en su conjunto), la actualización de un riesgo creado por la Administración, la lícita imposición de un sacrificio que la víctima no tiene el deber de tolerar o el incumplimiento de un deber, como el de adoptar un acto administrativo conforme a Derecho (ilegalidad), resolver el procedimiento dentro del plazo correspondiente (morosidad) o evitar conductas que susciten la confianza en la obtención o mantenimiento de una resolución favorable (deslealtad). Así pues, aunque el Tribunal declare que la responsabili-

dad patrimonial es puramente objetiva, no reconoce el crédito 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 o incumplimiento) o el de la causalidad (apreciándola cuando hay culpa, desencadenamiento de un riesgo específico, sacrificio o incumplimiento).

De este modo, está consolidándose *materialmente* una concepción policéntrica del instituto resarcitorio que, a mi juicio, se adapta mejor a las exigencias de la LRJPAC y en la que la culpa es, no el fundamento único y exclusivo del resarcimiento del daño, pero sí uno de los variados criterios que deben manejarse para resolver el juicio resarcitorio. El problema fundamental es que el Tribunal Supremo, al no afirmar claramente esa concepción de la responsabilidad, deja de aportar pautas claras de delimitación que permitan definir el ámbito de aplicación que corresponde a cada uno de los criterios de imputación.

Exponente de esta jurisprudencia es la *STS de 23 de octubre de 2007* (Ar. 2007/8325) en relación con el fallecimiento producido por caída en el interior de una antigua mina al ceder la cubierta que ocultaba la entrada. Señala el Tribunal que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es «objetiva o de resultado»; que «lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado»; y que «es indiferente la calificación» del funcionamiento del servicio de la que deriva el daño, porque éste genera responsabilidad tanto si es normal como anormal (FJ 3). Sin embargo, no resuelve en coherencia con estos postulados, pues, al confirmar el criterio de la Sala *a qua*, fundamenta claramente la condena al Ayuntamiento de Boiro (Galicia) en la culpa o negligencia en que ésta incurrió al incumplir «su obligación de mantener un terreno abierto al uso de los vecinos, según los estándares mínimos necesarios para la seguridad de estos y más cuando era conocedor de que el suelo por su anterior destino podía presentar oquedades, pozos ocultos o desniveles y precisamente de ese incumplimiento se derivó el fallecimiento del esposo de la actora que se precipitó al interior de una mina como consecuencia de ceder bajo sus pies la cubierta que ocultaba la bocamina que no estaba debidamente señalizada ni asegurada, como hubiera debido estarlo» (FJ 4).

La culpa opera de este modo en muchas otras sentencias del *Tribunal Supremo*. Por ejemplo, en las *SSTS de 8 de marzo* (*Iustel* §265731) –fallecimiento de un bañista sin que los socorristas hubieran realizado tareas adecuadas de vigilancia y enarbolado la bandera roja por encontrarse el mar «picado» y «con resaca»; y *3 de mayo* (*Iustel* §267868) –muerte por traumatismo craneoencefálico y shock consecuencia de caída de las escaleras de una vía pública en mal estado–. El incumplimiento funciona como factor de atribución, aunque no se diga expresamente, en las *SSTS de 16 de febrero* (*Iustel* §264513) –suspensión ilegal de las obras de construcción de viviendas, garajes, beach club, pistas de tenis y piscinas que da lugar a la responsabilidad–; *30 de marzo* (*Iustel* §267078) –impago de subvención previamente concedida para la contratación de tra-

bajadores que obliga al beneficiario a despedir al personal contratado—; y 13 de junio (Iustel §268955) —anulación de licencias de autotaxi concedidas a los recurrentes—.

Esta última STS, al confirmar la sentencia de instancia, acierta a resolver un supuesto de responsabilidad patrimonial por incumplimiento del deber de buena fe o principio de confianza legítima, aunque no se diga expresamente. Después de que el Ayuntamiento de Vigo ampliara el número de licencias de la clase «A» de Autotaxi para su posterior adjudicación definitiva de manera escalonada, los reclamantes solicitaron y obtuvieron en enero de 1992 las licencias correspondientes. Posteriormente, por Sentencia del Tribunal Superior de Galicia de 11 de febrero de 1993, confirmada por STS de 9 de julio de 1996, se acordó la anulación de la ampliación mencionada, lo que obligó al Ayuntamiento a acordar la devolución de las licencias previamente otorgadas. La sentencia de instancia declaró la responsabilidad patrimonial de la Administración municipal. En el capítulo de daños indemnizables, se excluyó el lucro cesante derivado de la pérdida de la licencias «puesto que los recurrentes nunca tuvieron en realidad derecho a ellas por la sencilla razón de que nunca existieron legalmente, ya que su anulación, como todas las declaraciones de nulidad, tuvo efectos retroactivos». Se incluyen, sin embargo, las ganancias que habrían generado los puestos de trabajo a que hubieron de renunciar para acceder a las licencias por ser aquéllos incompatibles con la condición de autónomos, que les confería la titularidad de éstas. Junto a este lucro cesante, se ordena la reparación de las tasas abonadas porque «aunque fiscalmente el pago sea consecuencia de la solicitud y haya de sufrirse con independencia del sentido positivo o negativo de la resolución que recaiga, ello no puede regir cuando es la propia oferta por parte de la Administración la que habrá de ser anulada, y que ha de arrastrar en su nulidad a su primera consecuencia, a saber, el abono de la tasa correspondiente». No se resarcan otros gastos, como «el precio de los vehículos, que quedan de su propiedad (otra cosa supondría que se les habrían facilitado gratuitamente) ni de los accesorios propios del autotaxi que aparte de la amortización, podrían ser colocados en el mercado». En el apartado de perjuicios personales, se incluyen «los daños morales, concepto siempre subjetivo y de difícil materialización pecuniaria, que en el presente caso y atendiendo sobre todo a la generalidad con que se presenta en la demanda sin especificación de circunstancias individualizadas de los distintos interesados y sí solo atendiendo a criterios generalistas, no resulta posible conceder en cantidad superior a otro tanto igual a la antes dicha por razón de la pérdida del trabajo». El Tribunal Supremo confirmó el pronunciamiento de la Sala *a qua* señalando que «es evidente que surge para el Ayuntamiento de Vigo la obligación de indemnizar por aquellos perjuicios efectivamente acreditados y que se deriven de la anulación de aquellas licencias y es lo cierto que los tres conceptos indemnizados por la sentencia de instancia, cuya realidad ha quedado acreditada (pues efectivamente perdieron sus anteriores puestos de trabajo, se les generó una incertidumbre y situación laboral configuradora de daño moral y tuvieron que pagar tasas) y cuya concreta cuantificación no se cuestiona expresamente por la recurrente, se derivan directa y eficazmente de la anula-

ción de las licencias en su día otorgadas por lo que no cabe apreciar la vulneración de los preceptos que se citan en el segundo motivo de recurso que por tanto ha de ser desestimado».

Se trata de un pronunciamiento relevante porque es de los pocos que admite expresamente la resarcibilidad del «coste de oportunidad», esto es, de las ganancias que los recurrentes habrían obtenido de haber empleado su dinero y esfuerzo en otra actividad y porque aplica correctamente los presupuestos de la responsabilidad por defraudación de la confianza, aunque no se diga expresamente. La Administración no puede generar con su conducta la confianza del administrado en la obtención de una resolución favorable que no puede otorgarse por ser incompatible con el ordenamiento jurídico. Si, como en el caso, tal resolución fue adoptada y posteriormente anulada surge una responsabilidad patrimonial por defraudación de la confianza que da derecho al resarcimiento, no del lucro que podría proporcionar la resolución anulada (la denominada lesión del interés positivo), sino de los daños que habrían dejado de padecerse si el administrado hubiera sabido desde el principio que no podía acceder a la utilidad apetecida (la denominada lesión del interés negativo).

## 5. Cuestiones procesales

En relación con el problema de determinar la jurisdicción competente para enjuiciar reclamaciones de responsabilidad por daños cuando el particular se dirige, no sólo contra la Administración, sino también contra particulares, el *Tribunal Supremo* ha perfilado una muy relevante doctrina en sus *sentencias de 26 de septiembre y 21 de noviembre de 2007* (*Ar. 2007/7088 y Ar. 2007/8464*). En ellas se reafirma, de conformidad con el artículo 2 LJ, la posibilidad de que, en demandas contra la Administración por responsabilidad patrimonial, se demande también a las aseguradoras y a los particulares que hubieran podido concurrir en la producción del daño; y se precisa que puede enjuiciarse la responsabilidad sujeta al Derecho civil incluso cuando se haya excluido la sujeta al Derecho Administrativo de la Administración.

En el asunto de la segunda sentencia, la víctima demandó en el orden civil a varias entidades mercantiles, reservándose la posibilidad de pleitear después con el Ayuntamiento de El Herrumblar en la vía contencioso-administrativa. Sin embargo, el juez civil estimó que la jurisdicción competente era la contencioso-administrativa, por haber podido concurrir las demandadas con la Administración local en la producción del daño. La reclamación administrativa por responsabilidad patrimonial presentada fue desestimada por acuerdo expreso. Después el perjudicado impugnó la resolución desestimatoria ante la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ Castilla-La Mancha, demandando al municipio así como a las entidades privadas mencionadas. La sentencia de 7 de noviembre de 2004 declaró la falta de responsabilidad de la entidad local, por ausencia de una auténtica actuación administrativa y de la necesaria relación de causalidad. En cuanto a la responsabilidad de las entidades privadas codemandas, el Tribunal

señaló que no le corresponde a él apreciarla, sino a los órganos de la jurisdicción civil. Se entiende que la jurisdicción contencioso-administrativa sólo puede examinar el fondo de las reclamaciones indemnizatorias presentadas contra los particulares codeemandados cuando puede apreciarse la responsabilidad patrimonial de la Administración: «Probablemente el recurrente deba ser indemnizado por alguna, algunas o todas de las personas y entidades indicadas y de sus aseguradoras, con aplicación al principio de solidaridad, pero no en este procedimiento, elegido por la dirección letrada aun a riesgo de que, de no apreciarse la responsabilidad del Ayuntamiento, no pudieran analizarse la conducta de los demás demandados».

La sentencia afirma que corresponde al orden Contencioso-Administrativo el enjuiciamiento de las cuestiones referentes a responsabilidad de la Administración pública y que, cuando ésta se articule en concurrencia con privados o compañías aseguradoras, todos ellos han de ser igualmente demandados ante el orden Contencioso-Administrativo, que queda ya facultado, como lo era el orden jurisdiccional civil con anterioridad a 1998, para el enjuiciamiento de la responsabilidad tanto de la Administración pública como de los particulares. Lo interesante es que, frente al criterio de la Sala *a qua*, precisa que «no es obstáculo a tal conclusión, la circunstancia de que se excluya por los tribunales de lo Contencioso-Administrativo la responsabilidad de la Administración ya que ello no imposibilita el enjuiciamiento de la responsabilidad de los particulares concurrentes con aquella. Tal interpretación de los preceptos antes mencionados iría en contra del principio de unidad jurisdiccional y conduciría a un nuevo peregrinaje de jurisdicciones, puesto ya de manifiesto con la legislación anterior, y que sería absolutamente contrario a la efectividad de la tutela judicial efectiva proclamada por el artículo 24 de la Constitución». Se observa, además, que en el asunto enjuiciado concurre la particular circunstancia de que los recurridos en vía Contencioso-Administrativa intervinieron también en el proceso ante la jurisdicción civil y en ella plantearon que la jurisdicción competente —y así se acordó por el Juez de instancia— debía de ser la Contencioso-Administrativa. Y «mal se compadece con el respeto a los actos propios y el principio de buena fe procesal entender, por el contrario, que en el presente caso, y excluida la condena de la Administración, resultaba conforme a derecho excluir de su conocimiento por el orden Contencioso-Administrativo la responsabilidad de los particulares, debiendo nuevamente el perjudicado reiniciar un proceso ante la jurisdicción civil que es, en definitiva, lo que pretenden los recurridos, vulnerando con ello, como antes decíamos, el principio de efectividad de la tutela judicial con un innecesario peregrinaje jurisdiccional». No obstante, la sentencia llega finalmente a la conclusión de que la Administración ha incurrido en responsabilidad por incumplimiento de sus deberes de vigilancia de conformidad con los artículos 139 y ss. LRJPAC, exonerándose a los particulares demandados.

