
Jurisdicción contencioso-administrativa y responsabilidad patrimonial*

Luis MEDINA ALCOZ

*Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense*

Palabras clave: derecho de daños; responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas; responsabilidad de los entes locales; justicia administrativa.

Keywords: law of torts; state liability; liability of local authorities; judicial review.

SUMARIO: I. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.—1. La nueva Oficina Judicial.—2. El llamado «blindaje» de las normas forales tributarias.—3. El régimen de impugnación de acuerdos en las nuevas leyes autonómicas de régimen local.—4. Otras cuestiones.—II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.—1. Bibliografía general.—2. Legislación autonómica.—3. El asunto «Transportes urbanos».—4. ¿Superación de la doctrina del margen de tolerancia?—5. Actualización valorista e intereses moratorios.—6. Cómputo del plazo de prescripción cuando hay declaración de incapacidad laboral.

I. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. La nueva Oficina Judicial

El 4 de mayo de 2010 entró en vigor la *Ley 13/2009, de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial*, que modifica 64 artículos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D del Ministerio de Educación y Ciencia con referencia DER 2009-13764, integrado en el Grupo de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid (ref. 93189), sobre «Las transformaciones del Estado y la autonomía local: organización institucional, servicios públicos y democracia participativa».

(LJCA), además de la rúbrica de dos capítulos y una sección, y añade un nuevo artículo y la disposición adicional octava. Como se anticipó en el Anuario del curso pasado, esta ley, junto a la *Ley Orgánica 1/2009*, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, realiza una muy amplia y ambiciosa reforma; si bien 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. Según vimos, la mayor parte de las modificaciones responden al objetivo de adaptar el texto de la ley a la implantación de la nueva Oficina Judicial. A su través se pretende agilizar y mejorar la justicia, así como optimizar sus recursos descargando a los órganos judiciales de todas las funciones que la ley no reputa estrictamente «jurisdiccionales» para atribuírselas a los secretarios judiciales. Se trata de que la nueva «Oficina Judicial» realice las actuaciones «procesales» de carácter no jurisdiccional. La implantación ha iniciado ya en 2010 con las experiencias piloto de algunas ciudades españolas, como Burgos y Murcia.

La literatura jurídica producida en el pasado curso sobre esta cuestión es ciertamente amplia, y empieza ya a ocuparse no sólo de examinar el régimen y objetivos de la Oficina Judicial, sino también del proceso para su implantación efectiva. Se han publicado varios trabajos que abordan específicamente estas cuestiones en la jurisdicción contencioso-administrativa: S. A. BELLO PAREDES, «La reciente reforma procesal en el ámbito de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Actualidad Administrativa*, núm. 13, 2010, p. 1; A. GONZÁLEZ ALONSO, «La ley de la jurisdicción contencioso-administrativa ante la nueva oficina judicial», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana: Jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, núm. 34, 2010, pp. 105-133; D. LUDEÑA BENÍTEZ, «Jurisdicción contencioso-administrativa y secretario judicial: un enfoque global a raíz de la reforma procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial», *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 81, 2010, pp. 66-85; J. R. RODRÍGUEZ CARBAJO, «Los recursos de casación en las Leyes sobre la Nueva Oficina Judicial (y III)», *Actualidad Administrativa*, núm. 1, 2010, p. 4; A. PALOMAR OLMEDA (coord.), *Gestión pública de la administración de justicia*, Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, 2010.

La nueva Oficina Judicial es igualmente objeto de análisis en la voluminosa obra de J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Comentario*, Madrid, Iustel/Gómez-Acabo & Pombo, 2010. Se trata, no obstante, de una obra de mayor alcance, que realiza un análisis global del proceso contencioso-administrativo, colmando las lagunas de la regulación y evidenciando los problemas de su aplicación. Se trata, probablemente, del mejor comentario a la Ley 29/1998 por su coherencia interna y la hondura de su contenido, vinculada a la larga experiencia del autor como investigador, docente y profesional forense. Igualmente destacable es la obra colectiva de S. MARTÍNEZ-VARES GARCÍA (coord.), *Contencioso-administrativo. Comentarios y jurisprudencia (adaptado a la reforma de la nueva Oficina Judicial)*, Madrid, Sepín, 2010. Se trata de una obra de carácter eminentemente práctico que cuenta con trabajos de Magistrados de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo y, entre ellos, del propio coordinador.

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

La *Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero*, ha reformado la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para impedir la fiscalización judicial ordinaria de las normas forales de contenido fiscal y afirmar la sola posibilidad de un control por parte del Tribunal Constitucional. El art. 3 LJCA señala ahora que no corresponden al orden contencioso-administrativo «[I]os recursos directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica». Esta disposición, introducida en la Ley Orgánica que comentamos, establece que las normas forales fiscales pueden ser objeto de recurso o cuestión ante el Tribunal constitucional. Y señala que «la interposición y sus efectos, la legitimación, tramitación y sentencia de los recursos y cuestiones», se regirá por la regulación orgánica establecida para los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad.

Se trata de una reforma de gran calado, fruto del notorio compromiso alcanzado entre el Gobierno y el Partido Nacionalista Vasco para sacar adelante la Ley de Presupuestos de 2010. Su efecto práctico inmediato es la imposibilidad de que las Comunidades limítrofes y los ciudadanos afectados impugnen ante los Tribunales las normas tributarias de Vizcaya, Guipúzcoa y Álava. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, no es discutible que por Ley Orgánica puedan ampliarse las competencias del Tribunal Constitucional, asignando funciones no previstas en la Constitución. Pero puede ser contraria al art. 24 CE la sustracción de normas sin rango de ley al control judicial ordinario. Y si se parte de que, en realidad, las normas forales pueden válidamente asimilarse a la ley, la fuente idónea para establecer tal asimilación no es, evidentemente, la ley, sino la Constitución o el Estatuto. Tales son algunas de las críticas que desarrolla el trabajo del profesor L. M.^a Díez-PICAZO GIMÉNEZ en «Notas sobre el blindaje de las normas forales fiscales», *InDret* 3/2010, 14 pp. Otros trabajos sobre esta cuestión publicados en 2010: J. C. DUQUE VILLANUEVA, «Los procesos constitucionales de control de las normas forales fiscales vascas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 90, 2010, pp. 29-71; J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, «El blindaje foral en su hora. Comentario a la Ley Orgánica 1/2010», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 90, 2010, pp. 11-28; M. PULIDO QUECEDO, «Normas forales vascas», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 798, 2010, pp. 3-4.

3. El régimen de impugnación de acuerdos en las nuevas leyes autonómicas de régimen local

Durante 2010 dos Comunidades Autónomas con nuevo Estatuto de Autonomía han aprobado Leyes generales sobre régimen local: La Comunidad Valenciana (*Ley 8/2010*,

de 23 de junio, de la Generalitat, de Régimen Local, LRLCV) y Andalucía (Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, LAULA). El texto andaluz se refiere a una instancia inframunicipal para la gestión descentralizada de competencias llamada «Entidad local autónoma» y precisa que sus actos «ponen fin a la vía administrativa, salvo que la ley requiera la aprobación posterior municipal o de otras administraciones públicas o que sean adoptados en el ejercicio de competencias delegadas por el ayuntamiento, en cuyo caso podrán ser recurridas ante este». Consecuentemente, los afectados podrán interponer alternativamente recurso de reposición en la vía administrativa o recurso contencioso-administrativo en la vía jurisdiccional.

A su vez, las dos Leyes se refieren a la legitimación especial de las Comunidades Autónomas para impugnar acuerdos de los entes locales y a éstos para reaccionar judicialmente ante actuaciones autonómicas lesivas de sus competencias o de su autonomía, que constituyen cuestiones objeto de legislación básica estatal (arts. 65-66 LBRL). En el caso andaluz, la ley se remite a esa legislación. Establece que «[c]onforme a lo previsto en la legislación básica del Estado, la Junta de Andalucía podrá someter a control jurisdiccional los actos y disposiciones de las entidades locales cuando se considere que vulneran el ordenamiento jurídico, menoscaben sus competencias, interfieran su ejercicio o excedan las mismas. Con carácter previo al ejercicio de la acción procesal, la Junta de Andalucía podrá requerir a la entidad local que modifique o anule la disposición o acto objeto de controversia y, en su caso, suspenda su eficacia» (art. 56.1). Y añade que «[c]onforme a lo previsto en la legislación básica del Estado, las entidades locales podrán impugnar las actuaciones autonómicas que invadan sus competencias y las normas que vulneren la autonomía local» (art. 56.2). La LRLCV no contiene una remisión expresa, y regula la cuestión con todo detalle dentro del capítulo VI (*De la impugnación de actos y acuerdos*) del título VIII (*Relaciones de la Comunidad Autónoma con las entidades locales*) (arts. 154-158). No obstante, el régimen establecido no es sino el establecido en la LBRL, aunque formulado de manera más clara y ordenada.

4. Otras cuestiones

Directamente conectado con el objeto de este informe, hay el trabajo de J. E. CANDELA TALAVERO, «Los actos y disposiciones de la Administración local en el proceso contencioso-administrativo», *Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 14, 2010, pp. 2218-2235. A su vez, la obra colectiva *El Gobierno local. Estudios en homenaje al profesor Luis Morell Ocaña*, coord. A. RUIZ OJEDA, Madrid, Iustel, 2010, incluye un trabajo del profesor M. REBOLLO PUIG, que afecta también a esta temática. Lleva el título *Revisión de oficio de los acuerdos locales a instancia de las Administraciones estatal y autonómicas*, pp. 453-482, y describe el siguiente fenómeno: las Administraciones autonómicas que han dejado transcurrir los plazos establecidos en el art. 65 LBRL para impugnar actos locales solicitan con cada vez más frecuencia del ente local la revisión de oficio *ex art.* 102 LRJPAC. La revisión de oficio funciona así como un mecanismo suplementario de con-

trol autonómico de la actividad local que puede ejercerse en cualquier momento, que obliga a la corporación a tramitar un engorroso procedimiento (que incluye el dictamen obstativo de un órgano autonómico) y que, si no da lugar a la declaración de nulidad, permite la interposición del recurso contencioso-administrativo. El profesor REBOLLO analiza esta realidad, explicando sus perniciosos efectos y aportando un nutrido conjunto de argumentos demostrativos de que una Administración autonómica no puede promover la revisión de oficio de los actos locales, salvo que tenga la consideración de interesada en sentido estricto.

Hay también dos trabajos que afectan a la controvertida cuestión del silencio positivo en materia de licencias y planeamiento. Como es sabido, hay la tesis de que el solicitante de licencia urbanística obtiene un acto presunto favorable siempre que el ayuntamiento incumple el plazo máximo de terminación, y ello aunque lo solicitado sea contrario a Derecho. Frente a ella, hay la posición de que sólo si lo pedido es conforme al ordenamiento urbanístico, puede producirse el silencio positivo. La primera impone a la Administración la carga de la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa (o de la revisión de oficio, según los casos) para hacer valer la eventual ilegalidad e impedir el acceso a lo solicitado. La segunda desplaza esa carga al administrado, pues normalmente tendrá que acudir a los Tribunales para, previa demostración de la legalidad de lo solicitado, obtener el reconocimiento judicial de la producción del silencio positivo. Así, pues, la cuestión de si cabe o no silencio positivo *contra legem* incide de lleno el control judicial de la actividad de los entes locales. Pues bien, dos profesores de la Universidad Complutense, J. R. FERNÁNDEZ TORRES y F. GONZÁLEZ BOTIJA, han abordado esta cuestión en, respectivamente, «La operatividad del silencio administrativo positivo en materia de planeamiento y de licencias en la última jurisprudencia», *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 21, 2010/1, pp. 275-292, y «Silencio administrativo positivo y adquisición de licencias urbanísticas municipales: Crónica de jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid», *El Gobierno local. Estudios en homenaje al profesor Luis Morell Ocaña*, coord. A. RUIZ OJEDA, Madrid, Iustel, 2010, pp. 739-777. Ambos trabajos dan cuenta de la jurisprudencia producida en esta materia (a veces contradictoria), pero con diferencias de sensibilidad. Mientras que el primero se muestra proclive a la primera tesis, en línea con cierta jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia y las SSTs de 27 de abril y 30 de septiembre de 2009 (sobre la aprobación por silencio de instrumentos de planeamiento), el segundo es contrario al silencio positivo *contra legem*, al igual que la (discutible) STS de 28 de enero de 2009.

En jurisprudencia, destaca la STS, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 29 de enero de 2010, estimatoria del recurso de casación interpuesto por una Comunidad Autónoma contra dos autos de TSJ que desestimaron la solicitud de suspensión cautelar de un Plan Parcial y de un Plan Especial aprobados por un ayuntamiento. La jurisprudencia del Tribunal Supremo es generalmente refractaria a admitir la suspensión de planes, dado el interés público subyacente en su ejecución. Pero en el caso se muestra favorable porque, además de apreciarse el *fumus boni iuris* del recurso interpuesto contra aquellos instrumentos, los

intereses enfrentados esgrimidos en sostenimiento de la medida cautelar son igualmente públicos (protección del medio-ambiente).

II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

1. Bibliografía general

Parafraseando a un clásico civilista francés, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas sigue siendo una *vedette* del Derecho público, de lo que es prueba la ingente cantidad de trabajos publicados en la materia. Sólo en 2010 la lista es ciertamente amplia. Entre otros muchos, y excluyendo los estudios sectoriales y los que se citan y comentan después, pueden citarse: V. MANTECA VALDELANDE, «Responsabilidad patrimonial administrativa concurrente con la de sujetos de Derecho privado», *Actualidad administrativa*, núm. 5, 2010, p. 3; J. R. RODRÍGUEZ CARBAJO, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones y recursos de casación*, núm. 9, 2010, p. 3; M.^a L. PÉREZ GUERRERO, «Derecho del Trabajo: la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de la denegación de la solicitud de reestructuración de la plantilla de trabajadores», *Temas laborales: Revista andaluza del trabajo y bienestar social*, núm. 105, 2010, pp. 225-236; M. PULIDO QUECEDO, *Responsabilidad patrimonial del Estado*, 2.^a ed., Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, 2010; F. SOTO NIETO, «Responsabilidad patrimonial de la Administración pública: Existencia de aseguradora, jurisdicción, competencia», *Diario la Ley*, núm. 7.490, 2010; J. J. DEL VAL ARNAL y E. M.^a MUÑOZ MARTÍNEZ, «La responsabilidad patrimonial en los casos de anulación de la decisión de la administración autorizando o denegando la decisión del empresario», *Crisis de empresa y Derecho del Trabajo*, coord. J. LÓPEZ GANDÍA y Á. A. BLASCO PELLICER, 2010, pp. 235-252.

Destaca por su exhaustividad J. DE FUENTE BARDAJÍ (coord.), *Manual de responsabilidad pública*, Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, 2010. Se trata de una segunda edición que desarrolla las partes tanto general como especial de Derecho público de daños. De carácter práctico, pero específicamente referidos a los entes locales: J. AGUAYO MEJÍA, *La responsabilidad patrimonial directa y subsidiaria de las entidades locales*, Barcelona, Bayer Hermanos, 2010; J. A. EYRE DE LORENZO, *La responsabilidad patrimonial de los entes locales*, Barcelona, Bayer Hermanos, 2010.

2. Legislación autonómica

La precitada *Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía*, se refiere a las «Entidades locales autónomas» para afirmar su responsabilidad en cuanto Administraciones con personalidad jurídica propia por los daños derivados de su actividad: «Las entidades locales autónomas responderán directamente de los daños y perjuicios causa-

dos a particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus órganos, personal funcionario o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa» (art. 128.2).

En Cataluña, la nueva *Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones de Cataluña*, dedica su título VI a la responsabilidad patrimonial, superando ampliamente la escueta regulación precedente (un único artículo en la Ley 13/1998). Respecto del Derecho sustantivo de la responsabilidad patrimonial, se reitera el régimen incluido en la LRJPAC como legislación general y completa adoptada por el Estado al amparo del art. 149.1.18.^a CE. El art. 81, de «principios generales», recoge la cláusula general de responsabilidad por funcionamiento normal o anormal, la fuerza mayor como causa de exoneración y los caracteres del daño indemnizable (art. 139 LRJPAC), y el art. 82 se refiere a la cláusula de riesgos de desarrollo (art. 141.1 LRJPAC). En cuanto al procedimiento, tampoco hay referencia expresa a la legislación estatal, pero también se reitera. No obstante, hay Derecho autonómico en sentido estricto en la parte en que prevé que los órganos competentes para iniciar e instruir los procedimientos son los que determinen las «disposiciones reglamentarias de carácter organizativo», en el caso de la Generalidad, o la «correspondiente norma reguladora», en el caso de la Administración instrumental, y, en su defecto, los que designe el consejero u órgano directivo correspondiente. La competencia para la resolución se atribuye en todo caso a los consejeros y a los órganos de gobierno de las entidades dependientes de la Generalidad (art. 83).

3. El asunto «Transportes urbanos»

Durante 2010, la novedad más relevante en materia de responsabilidad se refiere, probablemente, a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, cuya doctrina puede afectar a los daños derivados de ordenanzas locales contrarias a Derecho. En respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo, la Gran Sala del Tribunal de Justicia declaró en *Sentencia de 26 de enero de 2010 (C-118/08)*, que contradice el principio comunitario de equivalencia la exigencia, a efectos resarcitorios, de que la víctima de una ley anticomunitaria haya reaccionado judicialmente contra el acto lesivo de aplicación, si el régimen interno no la establece para reconocer el derecho a indemnización derivado de leyes anticonstitucionales. Resuelta la cuestión, el *Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de septiembre de 2010*, condenó al Estado a indemnizar a «Transportes urbanos» por no acceder a un beneficio fiscal como consecuencia de la aplicación de una ley contraria a la Directiva reguladora del impuesto (disconformidad que fue declarada previamente por el Tribunal de Justicia en Sentencia de 6 de octubre de 2005, C-204/2003). En línea con este pronunciamiento, la *STS de 2 de junio de 2010* afirma la responsabilidad del Estado-legislador derivada de la aplicación de un Decreto-Ley declarado inconstitucional (por ausencia de «extraordinaria y urgente necesidad»).

No es ésta la sede en que analizar y valorar la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En todo caso, quiero dejar constancia del desenfoque que supone, a mi modo de ver, reconducir al instituto de la responsabilidad cuestiones que, en realidad, deberían resolverse a través de una regulación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad realizada en la propia sentencia constitucional, teniendo en cuenta lo efectivamente ocurrido desde la aprobación de la ley hasta su enjuiciamiento. La devolución de la cosa expropiada o del impuesto aplicado por ley inconstitucional es, no un problema de *responsabilidad* que resuelve el juez administrativo, sino un asunto de *restitución* que debería abordar el Tribunal Constitucional a través del correspondiente juicio de ponderación. Si esto es así, debería rechazarse el corolario que el Tribunal de Justicia hace derivar del principio de equivalencia. Por lo demás, la doctrina se ha mostrado por lo general crítica con los efectos que pueden derivar de la traslación de la doctrina jurisprudencial sobre responsabilidad por ley inconstitucional a un ámbito potencialmente mucho mayor, cual es del daño derivado de ley anticomunitaria: M.^a C. ALONSO GARCÍA, «La necesaria reformulación de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador (reflexiones al hilo de la Sentencia del TJCE de 26 de enero de 2010)», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 12, 2010, pp. 74-81; F. CORTESE, «Responsabilità per violazione del diritto dell'Unione e azionabilità dei rimedi interni: la Corte di giustizia, il dibattito spagnolo e la flessibilità dell'integraziones europea», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, pp. 1304-1323; J. S. PASTORIZA VÁZQUEZ, «La responsabilidad patrimonial del Estado por vulneración del Derecho de la UE», *Estrategia financiera*, núm. 271, 2010, pp. 71-74; C. PLAZA, «Member States Liability for Legislative Injustice. National Procedural Autonomy and the Principle of Equivalence; Going too far in "Transportes Urbanos?"», *Review of European Administrative Law*, vol. 3, núm. 2, 2010, pp. 27-51. Sobre la jurisprudencia comunitaria en materia de responsabilidad, además, D. UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, «La garantía patrimonial ante actos normativos lícitos en Derecho comunitario: Entre la responsabilidad patrimonial objetiva y el derecho de propiedad», *Revista de Administración Pública*, núm. 181, 2010, pp. 219-235.

4. ¿Superación de la doctrina del margen de tolerancia?

La doctrina del margen de tolerancia constituye un planteamiento elaborado por el Tribunal Supremo en supuestos de responsabilidad derivada de actos administrativos ilegales y que, por tanto, funciona decisivamente en un amplio abanico de supuestos de responsabilidad patrimonial de las Corporaciones locales. Esta doctrina consiste, en esencia, en trasladar el fundamento de la responsabilidad de la ilegalidad del acto a la culpa. En su virtud, aunque haya una sentencia declarativa de la ilegalidad de la resolución administrativa imputable a la Administración y aunque haya prueba de que la misma ha causado daños, no se produce responsabilidad patrimonial si la disconformidad a Derecho es razonada o razonable. Consecuentemente, hay ilegalidades que, por insertarse en un margen de tolerancia, no son culpables ni generadoras de crédito

resarcitorio alguno. Pero deben hacerse dos precisiones. La jurisprudencia que desarrolla y aplica este expediente sigue rindiendo tributo a la clásica doctrina panobjetivista que rechaza que la culpa juegue papel alguno dentro del sistema regulado en la LRJPAC. Lo consigue mediante el artificio de afirmar que, siempre que la ilegalidad administrativa se sitúa dentro del margen de tolerancia, los daños producidos dejan de ser antijurídicos. Se está, pues, ante un ejemplo más en que se introduce el criterio culposo, pero de manera enmascarada en el marco del juicio de antijuridicidad. La segunda precisión es que, a partir de los años noventa, el Tribunal Supremo ha concretado el ámbito dentro del cual cabe aplicar la doctrina del margen de tolerancia. La Sentencia clave, que encabeza esta tendencia jurisprudencial, es de 5 de febrero de 1996 (Ar. 1996/987). Se afirma aquí que la Administración puede liberarse invocando la razonabilidad de su criterio cuando el daño deriva del ejercicio irregular de la discrecionalidad o de la incorrecta aplicación de conceptos jurídicos indeterminados: «siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino razonados debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica».

Pues bien, sobre la doctrina del margen de tolerancia y la relación entre la culpa y la ilegalidad se han producido dos contribuciones doctrinales y varias sentencias. F. FRACCHIA, catedrático (*Professore Ordinario*) de Derecho administrativo de la Universidad Bocconi de Milán, ha publicado «La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por emanación de acto ilegítimo en el sistema italiano: La cuestión de la culpa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 148, 2010, pp. 831-850. El autor pone de relieve la tendencia generalizada dentro del Derecho italiano a asociar la responsabilidad por acto administrativo (comúnmente llamada responsabilidad por lesión de intereses legítimos) con la mera ilegalidad, y ello pese a que la norma formalmente aplicada es la cláusula general de responsabilidad por culpa establecida en el *Codice Civile* (art. 2043). Frente a este planteamiento, el autor propone la configuración abierta de la responsabilidad por acto ilegal como una responsabilidad objetiva basada en la ilegalidad, evitando el artificio de la presunción de culpa o el de la objetivación de la culpa, que se reputa como *oxímoron* inaceptable. Todo ello sin perjuicio de que la Administración pueda endosar esa responsabilidad al funcionario responsable de la ilegalidad en casos de culpa grave.

G. DOMÉNECH PASCUAL, profesor titular de Derecho administrativo de la Universidad de Valencia, ha publicado «Responsabilidad patrimonial por actos jurídicos ilegales», *Revista de Administración Pública*, núm. 183, septiembre/diciembre 2010, pp. 179-231. El estudio compara el régimen de responsabilidad de las instituciones comunitarias con el de las Administraciones españolas en supuestos de acto jurídico contrario a Derecho. Pone de relieve su sustancial coincidencia en el sentido de que en ambos casos la ilegalidad dañosa no basta por sí para generar el derecho a indemnización. En ambos sistemas se utilizan expedientes (violación suficientemente caracterizada y margen de tolerancia) que a la postre acaban residenciando la responsabilidad en la culpa. No obstante, en relación con nuestro régimen de responsabilidad, el autor pone de relieve la subsistencia de una línea jurisprudencial que asocia la responsabilidad a la ilegalidad imputable, sin

entrar a examinar la doctrina del margen de tolerancia. Y explica también que la introducción de este criterio culpabilista se realiza sin discutir (aparentemente) el dogma de la objetividad del sistema de responsabilidad patrimonial. La segunda parte del trabajo desarrolla una tesis en torno a este problema, que se sitúa entre quienes defienden la culpa como fundamento de la responsabilidad por acto ilegal (MIR PUIGPELAT) y quienes prefieren la ilegalidad imputable como factor de atribución (MEDINA ALCOZ). Con base en un análisis económico de costes/beneficios, propone la ilegalidad como título de imputación para las actividades administrativas que generan peores externalidades negativas netas, en particular, potestades administrativas singularmente peligrosas (sancionadora, tributaria, expropiatoria). Y la culpa para actividades administrativas de control de actuaciones privadas que producen peores externalidades, en particular, potestades de protección y restablecimiento del orden amenazado y conculcado.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha seguido aplicando la doctrina del margen de tolerancia durante 2010 (p. ej., *STS, Sala 3.ª, de 10 de febrero de 2010*). No obstante, hay una importante sentencia que la da por superada, aportando una serie de argumentos previamente expuestos por la doctrina (MEDINA ALCOZ): *STS, Sala 3.ª, de 15 de junio de 2010, ponente: Luis María Díez-Picazo Jiménez*. Es posible que esta sentencia entrañe un relevante cambio jurisprudencial. Aunque, probablemente, es sólo expresión del criterio del magistrado ponente. Habrá que seguir de cerca la jurisprudencia sucesiva para determinar el alcance efectivo de su doctrina. Por su importancia, también para los entes locales, la resumimos a continuación con cierto detalle.

Doña Alicia solicita en 4 de mayo de 1988 su ingreso como procuradora en el Partido Judicial de San Roque (Cádiz), aportando toda la documentación legalmente exigida, salvo la Licencia Fiscal. Ante el defecto de la solicitud, el Colegio tiene obligación de requerir el documento faltante. Pero no lo hace. Finalmente, la solicitante aporta la referida alta, tras lo cual se produce la toma de posesión en 3 de febrero de 1989. La Ley de Demarcación y Planta Judicial prevé la constitución en 28 de junio de 1988 del Partido Judicial de la Línea de la Concepción, por segregación del San Roque. El Real Decreto 122/1989 y el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 3 de noviembre de 1989 retrasan su implantación efectiva hasta el 28 de diciembre de 1989. A su vez, conforme al Real Decreto 1417/1983, en conexión con la disposición transitoria del Estatuto General de los Procuradores, se establece que los procuradores que venían ejerciendo en el Partido Judicial luego dividido podrán hacerlo también en el nuevo. Pero tal posibilidad se reconoce sólo a aquellos que vinieran ejerciendo la profesión desde al menos seis meses antes de la segregación. Ante esta tesitura, doña Alicia, además de ejercer en el Partido Judicial de San Roque, abre despacho en la Línea de la Concepción. Durante cinco años (diciembre 1989-mayo 1995) ejerce simultáneamente como procuradora de ambos partidos judiciales con normalidad y pleno conocimiento del Colegio de Procuradores de Cádiz. Por razones que no trascienden (la sentencia recurrida apunta a posibles denuncias de compañeros) este Colegio dicta Acuerdo de 27 de abril de 1995 instando a doña Alicia a que se abstenga de actuar en el Partido Judicial de la Línea de la Concepción. Según esta resolución, la interesada no puede compatibilizar el desempeño

simultáneo en los dos partidos por no llevar ejerciendo la profesión en San Roque desde hace más de seis meses desde la previsión de la segregación, pues ésta tuvo lugar en 30 de junio de 1988, conforme a la Ley de Demarcación y Planta Judicial, y la toma de posesión se produjo después, en 3 de febrero de 1989. Dictada la resolución, el juez titular de La Línea de la Concepción insta en mayo de 1995 a todas las partes que tienen a doña Alicia como procurada a que nombren nuevo procurador. Esto causa un grave quebranto económico, habida cuenta de que la mayor parte de los ingresos de la actora provenían de asuntos del Partido Judicial de la Línea. A su vez, hay una apreciable pérdida de clientela y de prestigio profesional. El efecto es que la actora se ve avocada a cerrar también el despacho de San Roque por falta de viabilidad económica y se sume en una gran depresión. Doña Alicia interpone recurso de alzada contra el Acuerdo de inhabilitación ante el Consejo General de los Ilustres Procuradores de los Tribunales de España, que es desestimado por resolución de 24 de noviembre de 1995. Frente a esta decisión, doña Alicia interpone recurso contencioso-administrativo, que es estimado por la STSJ Andalucía de 13 de febrero de 1999, que no fue revocada por el Tribunal Supremo (que dictó auto de inadmisión del recurso de casación interpuesto por el Colegio General en 10 de diciembre de 2001, notificado en 15 de febrero de 2002). Conforme a este pronunciamiento, la actora cumplía el requisito de los seis meses porque el propio Colegio de Cádiz propició el retraso en la toma de posesión como procuradora en San Roque al dejar de advertir a la actora de que la documentación estaba incompleta. Pero, sobre todo, porque «la norma debe interpretarse en el sentido de tomar en cuenta para el cómputo de los seis meses la efectiva implantación y funcionamiento del nuevo juzgado, es decir, el 28 de diciembre de 1989, y así se deduce de la expresión utilizada por el precepto, que alude a las disposiciones que alteren (en plural) la demarcación judicial, que, en nuestro caso, no es solamente la Ley de Demarcación y Planta, que constituye el partido judicial de la Línea por segregación del de San Roque, sino el Real Decreto y Acuerdos citados, que retrasan la implantación efectiva». A resultas de la estimación del recurso, la actora presenta en 10 de febrero de 2003 reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Consejo General de los Ilustres Colegios de Procuradores de los Tribunales de España. Ante la ausencia de resolución expresa, interpone recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Andalucía, que es sustancialmente estimado por Sentencia de 9 de noviembre de 2006. La STSJ tiene por cierto que el Acuerdo luego anulado dio lugar a la pérdida de clientela y de prestigio profesional, propició la imposibilidad de ejercer en la Línea de la Concepción y el cierre del despacho de San Roque y causó a la postre una depresión. No obstante, cifra la indemnización en una cantidad menor a la solicitada. La actora pedía 338.616,77 euros desglosados en lucro cesante del Partido Judicial de La Línea de la Concepción entre el 27 de abril de 1995 y el 15 de febrero de 2002 (60.617,77), pérdida de clientela de los dos partidos (36.000), daños psicológicos (24.000) y daños morales (18.000). La sentencia concede 246.100,23 euros por lucro cesante (222.100,23) y daños morales (24.000).

El Consejo General de los Procuradores de los Tribunales de España interpone recurso de casación contra la referida sentencia. El motivo más destacable es la infracción

del art. 142 LRJPAC, al amparo del cual se ha desarrollado la doctrina del «margen de tolerancia», conforme a la cual «la anulación de un acto administrativo no debe dar lugar a indemnización cuando, aun habiendo producido algún daño, la Administración no lo dictó con temeridad o mala fe, ni la ilegalidad del acto se debía a causas graves y manifiestas». La STS, Sala 3.^a, de 15 de junio de 2010, desestima el recurso con imposición de las costas al recurrente hasta un máximo de 3.000 euros en cuanto a honorarios de abogado. Un primer razonamiento va orientado a señalar que, aun aplicando la doctrina del margen de tolerancia, se dan los presupuestos de la responsabilidad patrimonial declarada por la Sala de Instancia: «no hay razones para considerar que la ilegalidad cometida por el acuerdo colegial de 27 de abril de 1995, luego confirmado por el Consejo General, fuera de escasa gravedad... Nada de todo esto constituye una mera bagatela que pudiera justificar una exoneración de responsabilidad, máxime cuando, como ocurre en el presente caso, la Administración causante del daño es una entidad corporativa de profesionales del Derecho». No obstante, el fundamento principal en que se apoya la sentencia consiste en negar de plano la doctrina del margen de tolerancia sobre la base de que la ilegalidad de un acto administrativo justifica por sí la obligación de indemnizar los daños producidos: «es significativo que la mayor o menor gravedad del vicio del acto administrativo causante del daño es un criterio actualmente abandonado incluso en ordenamientos en que la responsabilidad patrimonial de la Administración no es objetiva, sino que requiere alguna clase de culpabilidad o funcionamiento anormal. Tal es el caso, como resulta bien sabido, de Francia, Italia o Alemania; ordenamientos en que, con matices diversos, es doctrina establecida que la propia ilegalidad del acto administrativo causante del daño hace superfluo interrogarse sobre la culpa o, cuanto menos, constituye un indicio de la misma. Si ello es así en ordenamientos donde la culpa es un requisito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, con más razón debe serlo en un ordenamiento como el español, donde ésta es objetiva». Destaca que esta sentencia se autopresenta como consecuente con los precedentes del Tribunal Supremo bajo el entendimiento de que el margen de tolerancia «es una doctrina antigua, que hace tiempo fue abandonada por la jurisprudencia».

5. Actualización valorista e intereses moratorios

En informes anteriores se puso de relieve la tendencia jurisprudencial generalizada a declarar que las cantidades fijadas en concepto de indemnización deben entenderse actualizadas a la fecha de la sentencia. Esta práctica, habitual también en sentencias de 2010 (cfr. *STS de 14 de abril de 2010, ponente: E. Lecumberri Marti*), se explica por la ausencia de una cuantificación precisa del daño personal indemnizado. Al indemnizarse 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.

Sobre la actualización valorista y los intereses moratorios hay una nueva obra de carácter transversal, que se refiere al entero instituto de la responsabilidad, incluida la de las Administraciones públicas: M. MEDINA CRESPO, *Actualización valorista e intereses moratorios en la responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch, 2010. Partiendo de un exhaustivísimo análisis doctrinal y jurisprudencial, el autor desarrolla una innovadora doctrina sobre la actualización de la indemnización y el devengo de intereses moratorios fuertemente anclada en la teoría general de la responsabilidad por daños. El principio de reparación íntegra impone, a juicio del autor, que se valore el daño atendiendo a la fecha en que se produjo, pero actualizando la cantidad a la fecha de la sentencia. Si el dinero pierde valor, el mantenimiento de éste exige la elevación de su nominal para que la indemnización cumpla por completo su función restauradora. Pero, actualizada la indemnización, el perjudicado sigue sin obtener la reparación del daño derivado de la indisposición de su crédito. Este perjuicio se resarce a través de la *mora*. Ahora bien, comoquiera que el interés legal incorpora, además de la tasa pura de interés, la tasa de inflación, hay el riesgo de una doble actualización, si se reconocen intereses moratorios sobre cantidades actualizadas. Pero, si, para evitar el solapamiento, se deniegan los intereses moratorios, hay una vulneración por *defecto* del referido principio. Por eso el autor defiende una tesis tan original como bien argumentada: la única solución justa que impone el mandato de la reparación completa consiste en que los intereses moratorios, al proyectarse sobre la cantidad actualizada, se calculen con la tasa pura de interés, esto es, con el tipo del interés legal, pero con descuento de la tasa de inflación.

6. Cómputo del plazo de prescripción cuando hay declaración de incapacidad laboral

Sobre el cómputo del plazo anual de prescripción en accidentes generadores de daños psicofísicos, hay la *STS, Sala 3.ª, Sección 4.ª, de 21 de diciembre de 2010. Ponente: E. Lecumberri Martí*, que contiene una (discutible) doctrina aplicada ya en pronunciamientos anteriores y que, por el momento, no ha sido objeto de análisis crítico por parte de la doctrina. El supuesto se refiere a la responsabilidad patrimonial de un servicio autonómico de salud. No obstante, su doctrina afecta de lleno a los entes locales, por cuanto que incide en todos los accidentes de los que se derivan daños personales. Se refiere al supuesto de quien, habiendo sufrido un daño, espera a obtener la declaración de incapacidad laboral (por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social o la jurisdicción social) para presentar la reclamación de responsabilidad patrimonial. La sentencia comentada afirma que, en estos casos, si ha transcurrido más de un año desde la consolidación de las secuelas, la acción resarcitoria debe entenderse prescrita. El *dies a quo* no puede identificarse, pues, con la firmeza de la declaración (administrativa o judicial) de incapacidad laboral, sino con la fecha de la sanidad. Comoquiera que la incoación del

expediente administrativo de incapacidad laboral presupone la fijación precisa del daño personal padecido, debe entenderse que, desde entonces, la víctima estaba en condiciones de ejercer la acción de responsabilidad, por lo que, si ha transcurrido el año porque esperó a la obtención de la declaración, se produce prescripción de la acción.

El planteamiento expuesto es, a mi juicio, muy discutible. El alcance de la incapacidad laboral tiene evidentes repercusiones en la medida de la responsabilidad patrimonial. La entidad del lucro cesante depende del grado de incapacidad laboral (pues la pensión resultante debería descontarse conforme a la doctrina de la *compensatio lucri cum damno*, que es, a su vez, manifestación del principio de reparación íntegra). Además, tal declaración constituye un instrumento probatorio de primer orden de cara a la determinación de los perjuicios personales (entre los que se halla el derivado de la imposibilidad relativa o absoluta de desenvolverse como profesional). Además, hay un nutrido conjunto de sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo que fija el inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil en la firmeza de la declaración de incapacidad (SSTS, Sala 1.^a, de 17 de mayo de 1989, 27 de febrero de 1996, 22 de julio de 2008, 20 de mayo de 2009). Se trata de un dato no desdeñable, pues, aun admitiendo la razonabilidad del criterio contrario y aplicado en la sentencia comentada, el principio *pro actione* asentado en el Derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24) obliga a elegir la interpretación más favorable a la acción, todo ello sin perjuicio de que el problema de fondo se halla en la parquedad del plazo legalmente establecido, considerablemente pequeño si se compara con los previstos en el Derecho comparado. Por lo demás, resulta destacable que la Sala 3.^a del Tribunal Supremo ha sostenido en otras ocasiones que «el silencio de la Administración respecto de la prescripción de la acción ejercitada implica, dadas sus potestades de autotutela, una renuncia a la prescripción ganada por no haberla esgrimido oportunamente en la vía previa, de manera que carece de eficacia la excepción que en sede jurisdiccional esgrimió su representante procesal a tal fin, y así lo ha declarado repetidamente esta Sala en virtud del principio de los actos propios» (STS de 23 de junio de 2001, que cita, entre otras, las de 22 de febrero de 1985, 19 de abril de 1985, 9 de marzo de 1987, 26 de julio de 1988, 5 de abril de 1989, 4 de marzo de 1992 y 16 de noviembre de 1998). Consecuentemente, también en aplicación de esta doctrina debió entrarse a examinar el fondo del asunto sin apreciar la prescripción de la acción ejercitada: la Administración no afirmó la prescripción al dejar transcurrir el plazo máximo de terminación, ni tampoco la declaró en la resolución expresa extemporánea.