

DE NUEVO SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR LOS DAÑOS PRODUCIDOS POR ACTOS ADMINISTRATIVOS ANULADOS POR SENTENCIA FIRME

TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ

Cómo citar/Citation

Fernández, T. R. (2022).

De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños producidos por actos administrativos anulados por sentencia firme.

Revista de Administración Pública, 217, 191-208.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.217.06>

Resumen

El autor critica la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha eliminado prácticamente la responsabilidad de la Administración por los daños derivados de sus actos ilegales.

Palabras clave

Responsabilidad; actos ilegales.

Abstract

The autor criticizes the jurisprudence of the Supreme Court rejecting the responsibility of the Administrativos derived from their ilegal acts.

Keywords

Responsability; ilegal acts.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. UNA BREVE REFERENCIA AL DERECHO FRANCÉS. III. LA JURISPRUDENCIA ACTUAL DE NUESTRO TRIBUNAL SUPREMO REDUCE PRÁCTICAMENTE A LA NADA LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN POR SU ACTIVIDAD JURÍDICA CONTRARIA A DERECHO. IV. SOBRE EL SUPUESTO DEBER JURÍDICO DE SOPORTAR LOS DAÑOS DERIVADOS DEL EJERCICIO DEL PODER DISCRECIONAL. V. LA EXTENSIÓN DE ESE SUPUESTO DEBER JURÍDICO DE SOPORTAR LOS DAÑOS PRODUCIDOS POR ACTOS ILEGALES A LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y A LA INTERPRETACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS. VI. UN INEVITABLE RECORDATORIO DEL ART. 1.090 DEL CÓDIGO CIVIL. VII. UNA REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

Hace ya algo más de tres años me pregunté y al mismo tiempo pregunté a la comunidad jurídica española si realmente existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo ilegal que, por serlo, ha sido declarado nulo por sentencia firme, como se afirmaba por una jurisprudencia que yo, ingenuamente, consideraba incipiente y susceptible, por lo tanto, de rectificación¹. Es obvio, sin embargo, que me equivoqué porque aquellas primeras sentencias que yo analicé se han convertido en un auténtico torrente que se nos echa encima cada vez que se plantea el problema, como si la cantidad de los pronunciamientos pudiera reforzar por sí sólo la calidad de las razones inicialmente esgrimidas, que siguen siendo las mismas².

Se necesita, pues, un esfuerzo mayor que el que yo hice en ese primer momento para desmontar esas razones y erradicar una doctrina jurisprudencial

¹ Véase T. R. Fernández, ¿Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por Sentencia firme? de la *Revista de Administración Pública*, 205, págs. 221 y ss.

² Sirva de ejemplo la enciclopédica sentencia de 21 de marzo de 2018, a la que haré cumplida referencia más adelante.

que nos pone en evidencia como país porque viene a otorgar a la Administración una franquicia prácticamente total, que no tiene parangón en los países de nuestro entorno y que hace muy barato el comportamiento ilegal de nuestras Administraciones públicas. ¿Qué les importa realmente a quienes nos gobiernan que un porcentaje mínimo de las decisiones que adoptan sean anuladas por los tribunales, si eso no cuesta nada?³

II. UNA BREVE REFERENCIA AL DERECHO FRANCÉS

En el libro que Avelino Blasco dedicó, hace exactamente cuarenta años, a la responsabilidad de la Administración por actos administrativos, cuyo eco es fácil encontrar en la jurisprudencia a la que me refiero⁴, se hacía alusión, por supuesto, al derecho francés y se decía que, «en principio», cualquier ilegalidad era susceptible en el país vecino de constituir falta de servicio, aunque se admitían algunas excepciones, vinculadas en concreto al error de apreciación, en sus dos formas posibles de apreciación de los hechos y de interpretación del derecho. Se citaban como ejemplo un *arrêt* anterior a la guerra, *Pouillet*, de 6 de julio de 1934 (error sobre la aptitud física para el servicio militar), y otros dos adoptados durante el conflicto bélico, *Vulay*, de 7 de junio de 1940 (sobre el carácter de paraje monumental de una plaza) y *Dechavassine*, de 4 de Junio de 1943 (sobre la extensión de los poderes del alcalde en un caso de declaración de ruina)⁵.

Blasco destacaba, sin embargo, que «la jurisprudencia más reciente» entonces, refiriéndose al *arrêt Drincourt* de 26 de enero de 1973, estimaba que toda ilegalidad era constitutiva de una falta de servicio⁶. Y, en efecto, como recuerda R. Chapus, la excepción del error de apreciación fue explícitamente abandonada por el *arrêt* citado, que sigue siendo desde entonces la referencia y que el *Conseil d'Etat* suele recordar por eso cuando resuelve este tipo de asuntos: «Qu'en principe, toute illégalité commise par l'administration constitue une faute susceptible

³ Ni a los presupuestos públicos que administran, ni, menos aún, a sus propios bolsillos contra los que nunca se ejercita la acción de regreso, pese a la «aparentemente» enérgica redacción del art. 36.2 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público de 1 de octubre de 2015: «La Administración correspondiente, cuando hubiese indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa instrucción del correspondiente procedimiento».

⁴ Véase A. Blasco, *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Madrid: Civitas, 1ª ed. 1981, 2ª ed. 1985.

⁵ Cfr. *op. cit.*, págs. 136 y ss.

⁶ *Idem*, pág. 153.

d'engager sa responsabilité, pour autant qu'il en soit résulté un préjudice direct et certain»⁷.

A diferencia de lo que ocurre en los casos de responsabilidad por la actividad material, en los que los conceptos de falta y de ilegalidad pueden ser diferenciados, «cuando es una decisión la que produce el daño, las nociones de falta e ilegalidad están, por el contrario, vinculadas en un doble sentido. Si la decisión es ilegal es, por eso mismo, *fautive*. La comisión de una ilegalidad es siempre una falta, ya se trate de ilegalidad interna o externa»⁸.

El tipo de falta vinculado a la actividad jurídica es, por otra parte, la falta simple, que se considera suficiente para comprometer la responsabilidad de la Administración, ya que la falta *lourde*, tradicionalmente reservada para las actividades materiales de especial complejidad, está desde hace tiempo en regresión, hasta el punto de que se ha llegado a decir que la historia de la falta *lourde* es la de su retroceso⁹.

El panorama descrito permanece invariable desde el *arrêt Drincourt* hasta hoy. Solo en el ámbito de las actividades reguladas ha surgido recientemente alguna duda. V. Delannoy ha dado cuenta de una decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de París el 29 de diciembre de 2020, que desestima una demanda de reparación formulada por *Bouygues Telecom* a raíz de la anulación de una resolución de la *Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (Arcep)* que había rechazado una solicitud de encuadrar más estrictamente un acuerdo de itinerancia que, a juicio de *Bouygues*, tenía por efecto desequilibrar el mercado y permitir a *Free Mobile* poner en marcha prácticas anticoncurrenciales¹⁰.

El tribunal justifica el rechazo en un considerando muy expresivo:

Habida cuenta de los intereses en juego, esencialmente pecuniarios, de las prerrogativas reconocidas a la *Arcep*, que dispone además de un importante margen de apreciación en el ejercicio de su misión, de la naturaleza compleja de la actividad de regulación del sector de las comunicaciones electrónicas, solo una falta *lourde* es capaz de comprometer la responsabilidad del Estado por el hecho de la pasividad de la *Arcep* en el ejercicio de sus misiones de control o de regulación.

⁷ Véase R. Chapus (1998), *Droit Administratif Général*. París: Ed. Montchrestien, pág. 1191. Véase también el breve, pero por ello dos veces bueno, libro de Jacques Moreau (1995), *La responsabilité administratif*. París: PUF, 2ª ed.

⁸ R. Chapus, *op. cit.*, pág. 628.

⁹ La observación es de R. Chapus, *Droit Administratif Général*, cit. La advertencia sobre el retroceso de la exigencia *fautive lourde* es general. Véase *Conseil d'Etat. Rapport public 2005. Responsabilité et socialisation du risque*. Études et Documents n° 56. 2005, pág. 231 y sigs.

¹⁰ Véase Virginie Delannoy, *Quel régime de responsabilité pour les autorités de régulation à raison de l'illegalité de leurs actes? A propos du jugement du tribunal administratif de Paris du 29 décembre 2020*, *Bouygues Telecom*.

A esta conclusión llega el tribunal tras un análisis minucioso de las circunstancias concurrentes, que V. Delannoy califica de auténtico esfuerzo de pedagogía, aunque no le resulte del todo convincente¹¹. Está por ver, por lo demás, si el *Conseil d'Etat* hace suya esta posición si el asunto llega a él como juez de casación. Sea cual sea el resultado final de este concreto asunto, la regla general es muy clara y se mantiene con firmeza: toda ilegalidad es constitutiva de falta y genera el deber de indemnizar, siempre, claro está, que haya producido un daño y en la medida en que lo haya producido.

III. LA JURISPRUDENCIA ACTUAL DE NUESTRO TRIBUNAL SUPREMO REDUCE PRÁCTICAMENTE A LA NADA LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN POR SU ACTIVIDAD JURÍDICA CONTRARIA A DERECHO

Convenía comenzar haciendo una referencia al derecho francés en el que, como hemos visto, la regla general es la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños ocasionados por sus actos ilegales para resaltar la sorpresa que produce comprobar que en nuestro derecho la regla general que resulta de la jurisprudencia actual es exactamente la contraria. ¿Cómo puede ser que exista una diferencia tan abismal entre dos ordenamientos jurídicos tan próximos desde sus propios orígenes y en una cuestión tan de principio como esta?

Cuando ocurre algo así es evidente que hay algo que no va bien, algo que falla. Ese algo está, sin duda, en nuestro propio campo, pues no parece discutible que la solución francesa está en la línea de una tradición milenaria según la cual quien causa un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado. Mucho y bien habrá que argumentar para justificar que ese milenario principio no tiene que jugar cuando el daño le produce una decisión de la Administración que los tribunales competentes han declarado nula en sentencia firme por considerarla contraria a derecho.

Antes, sin embargo, de iniciar el análisis de las razones esgrimidas por la Sala 3ª de nuestro Tribunal Supremo me parece conveniente dejar muy claro por qué digo que la regla general que se deduce de la doctrina de nuestro más Alto Tribunal es exactamente la contraria de la que tiene establecida el *Conseil d'Etat* al menos desde el *arrêt Drincourt* de 1973, y ello con el fin de salir al paso de la tentación de «embarrar el campo» que alguno pudiera sentir cuando la conclusión que ya se adivina resulte confirmada.

Tomo para ello como referencia la sentencia de 21 de marzo de 2018, porque fue ponente de la misma un excelente magistrado, que es, además, el más veterano de la Sala 3ª, el Sr. Fernández Valverde, y porque expresa —aquí tam-

¹¹ *Idem.*

bien puede decirse— un notable esfuerzo pedagógico por la acumulación de citas de otras muchas decisiones anteriores.

De dicha sentencia y de las muchas que esta cita y, en concreto, de la de 9 de diciembre de 2015 resulta con toda claridad que:

no procede esa exigencia de responsabilidad o, lo que es lo mismo, existe el deber jurídico de soportar el ciudadano afectado el daño ocasionado cuando la norma que habilita la actuación de la Administración la somete a la consideración de potestades discrecionales, conforme a las cuales puede optar por varias soluciones, porque todas ellas son admisibles, al ser jurídicamente indiferentes, supuestos en los cuales cuando, por circunstancias diversas, pueda verse anulada la decisión adoptada al amparo de dichas potestades, se considera que los ciudadanos afectados están obligados a soportar el daño ocasionado.

En parecidos términos se expresa la sentencia de 18 de diciembre de 2000 (Ponente, Sr. Lecumberri), según la cual:

[...] en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, el legislador ha querido que ésta actúe libremente dentro de unos márgenes de apreciación con la sola exigencia de que se respeten los aspectos reglados que puedan existir, de tal manera que el actuar de la Administración no se convierta en arbitrario al estar este rechazado por el art. 9.3 de la Constitución.

En estos supuestos parece que no existiría duda de que siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no solo razonados sino razonables debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias de su ejercicio siempre que éste se llevase a cabo en los términos antedichos, estaríamos pues ante un supuesto en el que existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo».

La sentencia de 9 de diciembre de 2015, que reproduce parcialmente en su fundamento jurídico cuarto la de 21 de marzo de 2018 más atrás citada, añade al supuesto de los actos dictados en ejercicio de un poder discrecional aquellos en los que la norma aplicada utiliza conceptos jurídicos indeterminados:

[...] es decir cuando la norma en cuestión no agota todos los elementos de la potestad conferida, sino que requiere una valoración de las circunstancias concurrentes para determinar la abstracción que la descripción de la norma impone con tales indeterminaciones a concretar en cada supuesto concreto, atendiendo a las circunstancias de cada caso.

Y ello porque, como ya tenía dicho la Sentencia de 13 de Enero de 2000, de la que fue ponente el Sr. Sieira, autor también de la Sentencia de 5 de Febrero de 1996 que inicia esta sería,

[...] en tales supuestos es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la Jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y por tanto faltaría uno de los requisitos exigido con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ello es así porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva sobre sus pretensiones, en los supuestos en que para ello haya de valorar conceptos indeterminados o la norma legal o reglamentaria remita a criterios valorativos para cuya determinación exista un cierto margen de apreciación, aun cuando tal apreciación haya de efectuarse dentro de los márgenes que han quedado expuestos, conlleva el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración siempre que se efectúe en la forma anteriormente descrita. *Lo contrario podría incluso generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de resoluciones.*

Y, en fin, la propia sentencia de 21 de marzo de 2018, aunque se refería a un asunto que nada tenía que ver ni con poderes discrecionales ni con conceptos jurídicos indeterminados, no dudó en aplicar la misma doctrina y en afirmar que el acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de julio de 2010, anulado por la sentencia de 27 de noviembre de 2012 no podía justificar la pretensión indemnizatoria ejercitada porque:

se mantuvo en unos márgenes de razonabilidad en el sentido que esta expresión tiene para evaluar su posible antijuridicidad, *porque respondía a una discrepancia jurídica propia de la oscuridad o dificultad interpretativa de la nueva norma* carente de previsión de transitoriedad. El Acuerdo anulado no era, por tanto, antijurídico y la recurrente tenía obligación de soportar el daño causado consecuencia de la exigencia concursal establecida.

Basta, pues, que la Administración lleve a cabo un ejercicio razonable de sus potestades para que la responsabilidad patrimonial de la Administración quede excluida por grave que pudiera haber sido el vicio de ilegalidad determinante de la anulación del acto causante del daño. La sentencia de 20 de octubre de 2015 (ponente, Sr. Olea Godoy) es categórica en este sentido y no vacila en afirmar que:

[...] la jurisprudencia viene admitiendo supuestos en que no concurre el presupuesto de la responsabilidad patrimonial, en cuanto la decisión anulada —*incluso con el mayor grado de ineficacia que comporta la nulidad de pleno derecho*— puede ser razonado y razonable, en especial cuando aplica conceptos jurídicos indeterminados o actúa bajo potestades discrecionales, supuestos en los cuales se considera que puede existir la obligación de soportar el daño.

La franquicia que esta jurisprudencia otorga a la Administración es, pues, prácticamente total porque basta con que ésta cuente con algún margen de apreciación al aplicar una norma o que se plantee alguna dificultad interpretativa para que su decisión, por ilegal que pueda ser, no genere su responsabilidad patrimonial. Solo las decisiones radicalmente irracionales o irrazonables podrían comprometer su responsabilidad en estos casos. Reducir la responsabilidad patrimonial a estos supuestos extremos es tanto como eliminarla pura y simplemente con manifiesta quiebra de la indemnidad patrimonial de los ciudadanos que el art. 106.2 de la Constitución ha querido garantizar¹².

Precisada así la incómoda posición en la que la jurisprudencia nos tiene situados, justo en las antípodas de nuestros vecinos del norte, es ya el momento de analizar sus razones y de comprobar a su vista si son tan fuertes y tan sólidas como para justificar esta radical inversión.

IV. SOBRE EL SUPUESTO DEBER JURÍDICO DE SOPORTAR LOS DAÑOS DERIVADOS DEL EJERCICIO DEL PODER DISCRECIONAL

El punto de la jurisprudencia que aquí se estudia hace referencia al ejercicio de poderes discrecionales, supuesto en el que, dice ya la Sentencia pionera de 5 de Febrero de 1996 (ponente, Sr. Sieira), que se repite luego sistemáticamente, el legislador ha querido que la Administración actúe libremente dentro de unos márgenes de apreciación:

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

¹² La sentencia constitucional de 17 de octubre de 2018 afirma categóricamente que «el tenor literal del art. 106.2 supone la recepción constitucional del sistema de responsabilidad de la Administración previamente vigente en España, cuyo carácter objetivo venía siendo ampliamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia» (hay, no obstante, dos votos particulares discrepantes). En la Sala 3ª del Tribunal Supremo reina hoy la misma opinión. Véase por ejemplo, la sentencia de 21 de diciembre de 2020, que cita expresamente la sentencia constitucional referida. Véase también Tomás R. Fernández, «Sobre la discutida naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración», *Revista de Administración Pública*, 216.

En mi comentario anterior de esta Sentencia puse ya de manifiesto su radical inconsistencia. Mi razonamiento, que a mí me parecía muy claro, no debió serlo tanto, sin embargo, por lo que no tengo más remedio que repetir el intento. Trataré, no obstante, de hacerlo brevemente destacando solamente tres cosas.

La primera es que los aspectos reglados no son la «sola exigencia» de cuya efectiva observancia depende que lo discrecional no se convierta en arbitrario, como parece creer la sentencia de 5 de febrero de 1996. El deslinde de lo discrecional y lo arbitrario no tiene nada que ver con la observancia o inobservancia de los elementos reglados del acto, que es una cuestión de legalidad estricta referible a todos los actos administrativos sin excepción, tanto reglados como discrecionales. Depende de la existencia o inexistencia de razones consistentes con la realidad de los hechos y externamente verificables, como acertó a destacar, hace ya casi cuarenta años, la propia Sala 3ª del Tribunal Supremo, que ahora parece haber perdido memoria de sí misma.

Vuelvo a citar por ello la sentencia de 13 de julio de 1984, cuyos términos son definitivos, al menos para mí:

Nunca es permitido confundir lo discrecional con lo arbitrario, pues aquello se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, y no meramente de una calidad que los haga inatacables, mientras que lo segundo o no tiene motivación respetable, sino —pura y simplemente— la conocida *sit pro ratione voluntas* o la que ofrece lo es tal que, escudriñando su entraña, denota a poco esfuerzo de contrastación, su carácter realmente indefinible y su inautenticidad¹³.

Si esto es así, que lo es, resulta indiscutible que un acto discrecional es conforme a derecho y, en consecuencia, inmune a la revisión jurisdiccional cuando, además de respetar los límites que para el órgano que lo dicta derivan de los elementos reglados que las leyes imponen en todo caso, cuentan con el soporte de razones objetivas, consistentes con la realidad de los hechos y externamente verificables, es decir, cuando, tras el correspondiente escrutinio, puede decirse de él que es un acto razonado y razonable¹⁴.

¹³ En mi trabajo *Arbitrariedad y discrecional*, hoy en el volumen *De la arbitrariedad de la Administración* (1ª edición Civitas 1994, 5ª ed. 2008). Me remito a ese trabajo para no tener que reiterar aquí las numerosas Sentencias que siguen a la de 13 de julio de 1984 que se cita en el texto, que no deben ser olvidadas porque son el mejor testimonio de la recepción por la Sala 3ª del Tribunal Supremo del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que es, sin ninguna duda, una de las aportaciones más brillantes de nuestra Constitución de 1978.

¹⁴ Sobre el doble test de racionalidad y razonabilidad véase mi trabajo *El principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos: quid novum*, recogido también en el volumen citado en la nota anterior. Una utilización ejemplar de ese doble test en la sentencia de 10 de mayo de 2000 (ponente, F. González Navarro).

Y, correlativamente, resulta indiscutible también que cuando tales razones justificativas faltan el acto en cuestión debe ser anulado por arbitrario, es decir, porque es un acto que no tiene otro soporte que la voluntad desnuda o el mero capricho de quien lo adopta.

De todo ello se sigue inexorablemente que decir, como dice la jurisprudencia que critico, que un acto discrecional anulado por los tribunales puede ser, pese a su anulación, un acto razonado y razonable es un clamoroso oxímoron. Si fue anulado es porque carecía de razones que pudieran sostenerlo, es decir, porque no era razonado ni razonable; y, si efectivamente lo era, la sentencia anulatoria no tenía que haberse producido. *Tertium non datur*.

Alguno dirá, quizá, para no tener que rendirse a la evidencia, que sí son conciliables los conceptos de anulación y razonabilidad porque el fallo determinante de la anulación puede ser una infracción formal. El acto discrecional puede y debe ser anulado, en efecto, cuando resulte que el órgano o autoridad que lo dictó carecía de competencia para ello. Y lo mismo, por supuesto, cuando en el procedimiento correspondiente se hubiera omitido algún trámite preceptivo, se hubiesen denegado pruebas pertinentes existiendo una discrepancia sobre los hechos que era preciso dilucidar, no se hubiera dado audiencia al interesado o se hubieran hurtado al conocimiento de este documentos importantes, etc.

En este caso, sin embargo, el escrutinio judicial se detiene justo en el momento en el que se comprueba la comisión de la infracción y la gravedad de la misma, así como la indefensión por ella producida al interesado, pues a esa constatación sigue sin más el pronunciamiento de nulidad, permaneciendo imprejuizado, por lo tanto, el fondo del asunto. No puede, por lo tanto, hablarse aquí de actos razonados y razonables por la potísima razón de que la decisión anulatoria ha impedido la continuación del escrutinio.

Los actos discrecionales que resultan anulados por los tribunales tras el correspondiente proceso no pueden ser calificados en ningún caso de razonados y razonables para excluir la responsabilidad patrimonial de la Administración que los dictó por los daños que hubieren podido producir. Es este un puro pretexto carente de todo fundamento.

Voy ya con la tercera observación que pretendía formular. Se refiere a la afirmación que se contiene en el pasaje de la sentencia de 5 de febrero de 2006 más atrás transcrita de que en estos supuestos de actos discrecionales anulados, pero razonados y razonables, «no podría hablarse de lesión antijurídica, *dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio*» porque «estaríamos ante un supuesto en el que *existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo*».

Con el mayor respeto, debo decir que esta afirmación constituye un auténtico sofisma en el sentido más estricto del término, porque es, en efecto, un razonamiento falso con apariencia de verdad. Todos tenemos, como es obvio, el deber de soportar el ejercicio de los poderes discrecionales que el legislador se ve obligado a otorgar a la Administración para que esta pueda hacer frente a

los problemas que plantea la vida colectiva, porque todos estamos sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico como proclama el art. 9.1 de la Norma Fundamental, pero ¡¡¡no lo estamos en absoluto a soportar el ejercicio *abusivo* de dichos poderes porque el apdo. 3 del propio art. 9 de dicha Norma nos pone expresamente a cubierto de este!!!

Es algo tan elemental realmente que da un poco de apuro tener que repetirlo, pero no hay más remedio que hacerlo, dadas las circunstancias. El poder discrecional otorga, ciertamente, a la Administración un margen, mayor o menor, pero nunca ilimitado, para elegir una solución entre las varias que la norma habilitante, *en principio*, admite, pero no para hacerlo *por las buenas, porque sí o porque yo lo digo*. La suya tiene que ser una elección justificada, sustentada por razones objetivas, internamente coherentes y consistentes con la realidad de los hechos.

Hasta aquí llega nuestro deber de soportar las consecuencias del poder discrecional, los efectos de la concreta elección efectuada por la autoridad apoderada, porque hasta ahí, precisamente, ni un paso más allá, llega dicho poder. Más allá de ese concreto punto empieza el reino de la arbitrariedad del que la Constitución, repito, nos pone a cubierto.

V. LA EXTENSIÓN DE ESE SUPUESTO DEBER JURÍDICO DE SOPORTAR LOS DAÑOS PRODUCIDOS POR ACTOS ILEGALES A LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y A LA INTERPRETACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS

La misma solución, dice la sentencia de 13 de enero de 2000 (ponente, Sieira), que sigue muy de cerca cuando no repite el texto literal de la de 5 de febrero de 1996, «ha de extenderse a aquellos supuestos, *asimilables* a éstos», en los que la aplicación por la Administración de la norma jurídica al caso concreto requiere una previa integración de dicha norma «mediante la apreciación, necesariamente subjetiva [...] de conceptos jurídicos indeterminados». En estos casos «es necesario reconocer a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir harían desaparecer el carácter antijurídico de la lesión».

Ello es así —añade la Sentencia como argumento *a posteriori*—:

[...] porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva sobre sus pretensiones, en los supuestos en los que para ello haya de valorar conceptos jurídicos indeterminados o la norma legal o reglamentaria remita a criterios valorativos para cuya determinación exista un cierto margen de apreciación [...] conlleva el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración siempre que se efectúe en la forma anteriormente descrita. *Lo contrario podría incluso generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de resolucione.*

Dejando a un lado por el momento el comentario de la frase que acabo de subrayar, tengo que decir que estoy, aquí también, en radical desacuerdo con esta argumentación por la potísima razón de que los supuestos de aplicación de normas que utilizan conceptos jurídicos indeterminados no son en absoluto asimilables, como la sentencia transcrita dice, a los casos de ejercicio de un poder discrecional.

En estos últimos la norma habilitante deja un hueco en el que caben, en principio, una pluralidad de soluciones, lo que no ocurre en los primeros, que no admiten, como es sabido, más que una solución justa, solo una, a la vista de las circunstancias del caso. Si esto es así, que lo es, no acierto a adivinar por qué tenemos los ciudadanos el deber de soportar el perjuicio que haya podido producirnos una solución que no sea considerada por el tribunal que entienda del asunto como la única solución jurídicamente posible. Y ello sin contar con que no todos los conceptos jurídicos indeterminados son conceptos de valor. Los hay también de experiencia y aquí la indeterminación inicial del concepto se elimina pura y simplemente con la práctica de la prueba que corresponda.

Como ya se advirtió en mi comentario anterior de esta jurisprudencia, la Administración se considera por ella exonerada también del deber de reparar los daños causados por sus actos declarados nulos en sede jurisdiccional si, «pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para los que se le ha atribuido la potestad que ejercita», porque la Administración «*no puede quedar paralizada ante el temor de que, si revisadas y anuladas sus decisiones tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes*». Así se expresó la sentencia de 16 de febrero de 2009, a la que entonces me referí, cuya doctrina reiteró la de 20 de febrero de 2012, como también dejé señalado en aquella primera ocasión. Basta, pues, que el acto administrativo mantenga una interpretación razonable de las normas que aplica para que la Administración quede exonerada del deber de compensar los daños que este acto haya podido producir a su destinatario.

En este caso el Tribunal Supremo ya no apela a la posibilidad de opción que otorgan a la Administración los poderes discrecionales, ni al margen de apreciación que resulta de la indeterminación de ciertos conceptos jurídicos que las normas utilizan con frecuencia. Se limita a afirmar directamente, como si se tratara de algo que va de suyo y que no necesita por ello mayor explicación, que «el ejercicio razonable de sus potestades» exonera sin más a la Administración del deber de indemnizar por los daños causados por los actos y decisiones resultantes de dicho ejercicio, porque «la razonabilidad se considera compatible con los pronunciamientos de la sentencia que anuló la resolución administrativa causante del daño».

Así lo dice con toda naturalidad la sentencia de 21 de marzo de 2018, tras recordar la larga letanía de sentencias que la Sala 3ª ha ido dictando a partir de la poco afortunada sentencia de 5 de febrero de 1996, recordatorio perfectamente innecesario en el caso que aquella tenía que resolver, ya que en él no entraban en juego ni poderes discrecionales ni conceptos jurídicos indeterminados.

Se trataba en este caso simplemente de una cuestión relativa a la interpretación de la Ley General de Comunicación Audiovisual de 31 de marzo de 2010, que llevó al Tribunal Supremo a anular en su sentencia de 27 de noviembre de 2012 un acuerdo del Consejo de Ministros que asignó, sin concurso previo, un múltiple digital de cobertura estatal a cada una de las sociedades licenciatarias del servicio de televisión digital terrestre, privando con ello a Retevisión I SAU, entidad reclamante, de los ingresos que venía obteniendo de los contratos que tenía firmados con dichas sociedades.

Pues bien, la sentencia de 21 de marzo de 2018 rechazó la reclamación por entender que podía considerarse una actuación razonable que el acuerdo del Consejo de Ministros procediera a la adjudicación directa de los múltiples, sin concurso previo alguno, a quienes ya eran titulares de licencias para la prestación de los servicios de comunicación audiovisual, teniendo en cuenta que la Ley General de Comunicación Audiovisual, «no estaba otorgando nuevas licencias ni nuevos servicios, sino modificando (mediante la adjudicación de múltiples canales) el contenido de las licencias de las que eran titulares las licenciatarias». Entiende por ello que:

[...] el Acuerdo del Consejo de Ministros anulado por la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo se mantuvo en unos márgenes de razonabilidad en el sentido que esta expresión tiene para evaluar su posible antijuridicidad, *porque respondía a una discrepancia jurídica propia de la oscuridad o dificultad interpretativa de la misma norma* [...] El Acuerdo anulado no era, por tanto, antijurídico y la recurrente *tenía obligación de soportar el daño causado* consecuencia de la exigencia concursal establecida.

Se empezó, pues, hace un cuarto de siglo, «descubriendo» en la norma atributiva del poder discrecional la imposición del deber de soportar las consecuencias perjudiciales del ejercicio del mismo, se prolongó luego ese supuesto deber al caso de los conceptos jurídicos indeterminados por considerar que se trata de situaciones *asimilables* y finalmente ese deber se ha extendido, sin apelar ya a norma legal alguna que lo imponga, a las discrepancias jurídicas propias de la oscuridad o dificultad interpretativa, es decir, a todos los casos de ejercicio razonado de potestades públicas o de interpretación razonable de normas jurídicas por mucho que los tribunales hayan podido declarar en sentencia firme que aquel ejercicio o esta interpretación eran contrarias a derecho y, por lo tanto, nulas.

Parece un sueño, un mal sueño, pero es así.

VI. UN INEVITABLE RECORDATORIO DEL ART. 1.090 DEL CÓDIGO CIVIL

Digo que parece un mal sueño y no una realidad porque me parece inexplicable el olvido de lo que con carácter general disponen los arts. 1.089 y siguientes del Código Civil a propósito de las fuentes de las obligaciones. El art. 1.089

establece que «las obligaciones nacen de la Ley, de los contratos y cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos o en los que intervenga culpa o negligencia» y el art. 1.090 precisa que «las obligaciones derivadas de la Ley no se presumen» y que «solo son exigibles las expresamente determinadas en este Código o en Leyes especiales.

No hay ninguna ley, absolutamente ninguna, que al atribuir a la Administración un poder discrecional nos obligue a soportar los perjuicios derivados de los actos administrativos adoptados a su amparo que hayan sido anuladas por los Tribunales por considerarlos contrarios a Derecho, bien por no respetar los elementos estrictamente reglados a los que todo acto administrativo está sujeto, bien por carecer del fundamento adicional de la razón que todo acto discrecional necesita inexcusablemente para no caer en la arbitrariedad que la Constitución proscribe.

Y no se diga que tal obligación está implícita en la propia norma que atribuye el poder discrecional y con él la libertad, siempre limitada por supuesto, para adoptar esta o aquella solución, porque el art. 1.090 del Código Civil es terminante: las obligaciones derivadas de la ley *no se presumen* y solo son exigibles las que estén *expresamente* determinadas por la ley que las impone.

No hay tampoco ley alguna que nos imponga la obligación de soportar los perjuicios resultantes de la incorrecta aplicación de un concepto jurídico indeterminado, ni mucho menos la hay ni puede haberla que nos imponga ese mismo deber en el caso de las interpretaciones, razonadas quizá pero erróneas, y de los perjuicios que de ellas puedan resultar.

No cabe, pues, con el Código Civil en la mano, establecer tal deber por vía deductiva y, mucho menos, para presumirlo o darlo por supuesto gratuitamente sin hacer referencia alguna a los requisitos de los que depende la validez de toda presunción. Menos aún, en una materia como esta en la que el punto de partida es exactamente el opuesto, ya que, tratándose de actos ilícitos, contrarios a derecho, o en los que intervenga culpa o negligencia, la regla general que resulta del propio art. 1.089 del Código Civil es que quien causa el daño tiene el deber de repararlo, como el art. 1.902 del propio cuerpo legal proclama.

¿Cómo es posible que algo tan elemental se haya olvidado?

VII. UNA REFLEXIÓN FINAL

Yo no creo que se trate de un olvido, que no cabe suponer siquiera en los autores de esta jurisprudencia y en quienes vienen manteniéndola con firmeza desde hace tanto tiempo. Lo que dejan entrever algunas de las sentencias estudiadas, a pesar de la natural contención que es propia del lenguaje judicial, es una preocupación, una seria preocupación, por las consecuencias que podría tener una actitud más abierta, más garantista.

Más atrás dejé subrayados algunos pasajes de ciertas sentencias que apuntan a otro tipo de razones diferentes de las que aquí me he esforzado en combatir

que, en efecto, parecen estar detrás de estas y que, a pesar de formularse como argumento *a fortiori*, son las que realmente dan soporte al rechazo de las reclamaciones de responsabilidad a las que se refieren. Es el caso, por ejemplo, de la sentencia de 13 de enero de 2000, más atrás citada, y que la de 7 de noviembre de 2017 repite, de que lo contrario, es decir, la estimación de la reclamación de los daños producidos por los actos ilegales, «podría incluso generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de resoluciones».

La sentencia de 16 de febrero de 2009 se sitúa en esta misma línea cuando afirma que la Administración «no puede quedar paralizada ante el temor de que, revisadas y anuladas sus decisiones tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes».

Las expresiones subrayadas no pueden tomarse a la letra, como es natural. Expresan pudorosamente una preocupación sincera por los efectos gravemente perjudiciales que, según se dice, podría llegar a tener un reconocimiento general del deber de la Administración de compensar los daños producidos por sus actos ilegales, no tanto por la paralización de su actividad, que es algo impensable para quien conozca un poco la Administración por dentro, como por la carga que podría suponer para los presupuestos públicos a los que hace una referencia significativa la Sentencia de 10 de Febrero de 2009.

Esta preocupación, que es también la que llevó a A. Blasco a proponer hace ya muchos años la distinción entre ilegalidades excusables e inexcusables para evitar lo que, a su juicio, sería una posición maximalista que «vendría a significar una auténtica socialización de los riesgos y de los daños causados»¹⁵, es claramente impropia, amén de infundada.

Es impropia porque, como dijo muy bien Georges Vedel¹⁶, «el papel del juez es pronunciar el Derecho y no procurar economías al Estado». Es infundada porque, como demuestra la experiencia de nuestros vecinos del Norte, reconocer la responsabilidad de la Administración por los daños producidos por los actos ilegales no ha amenazado nunca la estabilidad financiera de la economía francesa.

Lo que en el fondo ocurre aquí y ahora es que nuestros jueces, aunque se esfuerzan en razonar dentro del sistema de responsabilidad objetiva introducido en 1954 y revalidado por la Constitución de 1978 y en «descubrir» a ultranza un deber jurídico de soportar los efectos perjudiciales de los actos ilegales, siguen pensando, al menos en lo que concierne a la actividad jurídica de la Administración¹⁷, en términos de responsabilidad por culpa y creen que solo en los casos

¹⁵ Véase A. Blasco, *op. cit.*, págs. 225 y ss.

¹⁶ Véase G. Vedel (1960), *Droit Administratif*, pág. 281.

¹⁷ Porque en lo que respecta a los daños resultantes de la actividad material la jurisprudencia de la propia Sala 3ª es, en mi opinión, sustancialmente correcta, tanto en su formulación general como en los matices que la singularidad de los casos suele exigir.

de culpa grave, de infracción inexcusable, es justo acceder a las reclamaciones de compensación de los daños inferidos a los particulares.

Tal deber, como ya hemos visto, no existe cuando el daño procede de la adopción de actos ilegales. Ninguna ley lo establece. No podría tampoco establecerlo porque sería una enormidad y otorgaría a la Administración una franquicia para incumplir la ley radicalmente incompatible con el Estado de derecho.

Pero es que incluso en términos de responsabilidad por culpa la posición de nuestra jurisprudencia actual es inaceptable. Distinguir entre ilegalidades mayores o menores, excusables o inexcusables, *a posteriori* no tiene el más mínimo sentido, porque, si hubieran podido excusarse, ningún tribunal hubiera declarado la nulidad en tales casos. Si lo hicieron, solo cabe pensar o bien que estos lo hicieron mal o bien que eran realmente inexcusables. Tanto en un caso como en otro, no hay más remedio que aceptar las consecuencias y, si el acto anulado ha producido un daño efectivo, proceder a la reparación, sin intentar quebrar la tan proclamada santidad de la cosa juzgada, que es, ciertamente, un pilar imprescindible de todo sistema jurídico.

No lo tiene tampoco considerar suficiente una ilegalidad a efectos de eliminar el acto del mundo jurídico y considerarla insuficiente a la hora de borrar sus efectos perjudiciales, porque la permanencia de estos es un modo de desmentir aquella eliminación y de mantener con vida el acto que se quiso eliminar.

Si, en efecto, se quieren limitar las consecuencias nocivas que para los presupuestos públicos puede suponer el reconocimiento general del deber de la Administración de reparar los daños producidos por los actos ilegales por ella dictados no hay, me parece, más que dos vías: la primera, afinar un poco más a la hora de valorar, cuando es el momento de hacerlo, esto es, en el correspondiente proceso de nulidad, si la infracción detectada es merecedora de la declaración de invalidez o puede, de algún modo, ser excusada o de algún otro modo corregida. Con los vicios de procedimiento puede y debe hacerse, especialmente en algunos casos, en los que se ha llegado a unos extremos francamente insoportables por su gravedad desde la perspectiva de los intereses generales¹⁸.

La segunda, ya en el escenario específico de la responsabilidad patrimonial, apurar también la valoración del perjuicio invocado, que debe ser, por supuesto, un perjuicio individualizado, en el doble sentido de directo y especial. El daño indemnizable debe ser solamente el que de un modo directo derive de la infracción determinante de la nulidad y debe ser también un daño especial, es decir, que pone a quien lo sufre en una posición distinta y peor que la de los individuos que pertenecen al mismo colectivo (profesional, vecinal, etc). Y debe, en fin, ser también un daño efectivo, real, no simplemente imaginado o temido.

¹⁸ Sobre el problema, realmente grave por su reiteración y por su trascendencia, de la frecuente anulación de los planes, sobre todo generales, de ordenación urbana por motivos formales me remito ahora a mi trabajo «El contencioso urbanístico y su necesaria reforma», *Revista de Administración Pública*, 203, y a sus referencias.

El comportamiento o la actividad desarrollada por la víctima debe ser también objeto de escrutinio minucioso a estos mismos efectos. El ejemplo de la responsabilidad de la Administración en los casos de anulación de una licencia urbanística marca la pauta a seguir. El art. 48.d del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 30 de Octubre de 2015 es muy claro cuando excluye la responsabilidad que establece como regla general en tales casos cuando sea apreciable dolo, culpa o negligencia grave en el titular de la licencia anulada. Pero ahí, obviamente, no termina la valoración de la conducta de la víctima, que, sin llegar a esos extremos, ha podido contribuir de alguna manera a la comisión del error o de la infracción que determinaron la declaración de nulidad, lo que, de comprobarse a la vista de la propia sentencia que llegó a esa conclusión, debería ser tenido en cuenta para moderar la cuantía de la reclamación formulada.

Son simples sugerencias que pretenden invitar a una reflexión en este sentido, que nos permita alcanzar una posición más equilibrada. Porque lo que está claro es que de aquí tenemos que salir.