

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

### **La anulación de un Plan urbanístico como fuente de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas\***

*Roberto Galán Vioque*

Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES DEL CASO. III. UNA CUESTIÓN PENDIENTE: LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR REGLAMENTOS. 1. Naturaleza de la responsabilidad derivada de disposiciones reglamentarias. 2. La exigencia de un sacrificio especial para la reparación de las lesiones patrimoniales causadas por reglamentos válidos. 3. La situación de la responsabilidad por ilícito reglamentario. IV. LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS PRODUCIDOS POR LA EJECUCIÓN DE UN PGOU ILEGAL COMO UN SUPUESTO MÁS DE RESPONSABILIDAD POR LA APLICACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS NULAS. 1. La autonomía de la acción de responsabilidad por planes urbanísticos ilegales respecto de la revisión de sus actos de ejecución. 2. La antijuridicidad de los daños patrimoniales derivados de la ejecución de un plan ilegal. 3. La condena solidaria del Ayuntamiento de Sevilla y de la Junta de Andalucía a indemnizar los daños producidos por un PGOU nulo V. CONCLUSIONES

#### I. INTRODUCCIÓN

En un número anterior de esta Revista<sup>1</sup> hemos comentado una serie de sentencias del Tribunal Supremo<sup>2</sup> que dan carta de naturaleza, en nuestro or-

---

\*Comentario en torno a las sentencias de 9 de enero y de 6 de febrero de 2.002 de la Sección Segunda de la Sala de lo contencioso-administrativo, con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y de 12 de febrero de 2.002 de su Sección Primera.

<sup>1</sup> En *La indemnización de los daños y perjuicios producidos por una ley inconstitucional: ¿Una rebelión del Tribunal Supremo frente al Tribunal Constitucional?*, nº 41, 2.001, págs. 155 y ss.

<sup>2</sup> SSTS de 29 de abril, de 13 de junio, de 15 de julio, de 30 de septiembre y dos de 27 de diciembre (Ars. 2.730, 5.939, 7.423, 9.093, 9.575 y 9.576)

denamiento jurídico, a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por leyes inconstitucionales. Entre todas las opciones propuestas por la doctrina administrativa este Tribunal se inclina por la más garantista, defendida por GARRIDO FALLA<sup>3</sup>, que considera antijurídicos, y por ende indemnizables, todos los perjuicios derivados de la aplicación de una ley que más tarde es anulada por el Tribunal Constitucional.

Lo más interesante de esta doctrina es que traza una estricta línea de separación entre la acción de responsabilidad, que tiene una naturaleza autónoma, y los actos administrativos que se hayan dictado en aplicación de la ley anulada. De este modo la firmeza de estos actos, bien porque no hayan sido objeto de impugnación o, por el contrario, porque los Tribunales de Justicia hayan desestimado los recursos interpuestos por los particulares, no constituye ningún obstáculo para que pueda prosperar la indemnización solicitada.

Con independencia de la valoración crítica que, por su amplitud, hicimos de esta doctrina jurisprudencial sobre el denominado ilícito legislativo<sup>4</sup>, de la que también se ha ocupado la doctrina administrativa<sup>5</sup>, era previsible que fuera a hacer mella en nuestro sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y, en concreto, que acabaría aplicándose también a los daños producidos por disposiciones administrativas de carácter general, esto es, por reglamentos, que posteriormente son declarados nulos por los Tribunales del orden contencioso-administrativo. Ya que sería absurdo que se haga responsable al Estado, o a las Comunidades Autónomas cuando se trata de leyes autonómicas, por leyes inconstitucionales y que, sin embargo, esta garantía patrimonial no alcanzará, o lo hiciera de un modo más restrictivo, al ejercicio irregular de la potestad reglamentaria.

<sup>3</sup> Vid. su *Sobre la Responsabilidad del Estado Legislador*, Revista de Administración Pública, nº 118, 1.989, págs. 35 y ss.

<sup>4</sup> Crítica que hemos formulado tanto en *La indemnización de los daños y perjuicios producidos por una ley inconstitucional...*, op. cit. págs. 176 y ss. como en *De la Teoría a la Realidad de la Responsabilidad del Estado Legislador*, Revista de Administración Pública, nº 155, 2.001, págs. 320 y 321.

<sup>5</sup> Cfr. M.C. ALONSO GARCÍA *La reciente jurisprudencia sobre la Responsabilidad patrimonial del Estado Legislador frente a daños derivados de leyes inconstitucionales*, Revista de Administración Pública, nº 157, 2.002, págs. 215 y ss. y DOMÉNECH PASCUAL como *Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados de una ley inconstitucional*, Revista Española de Derecho Administrativo, nº 110, 2.001, págs. 276 y ss.

El azar ha querido que esta doctrina jurisprudencial se aplique por primera vez, que sepamos, a unas normas reglamentarias tan especiales como son los Planes Generales de Ordenación Urbana (en lo sucesivo PGOU). Cuando el Tribunal Supremo dictó aquellas sentencias, la Sala de lo contencioso-administrativo, con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía tenía pendiente de resolver numerosos recursos interpuestos contra la desestimación de reclamaciones de responsabilidad patrimonial por los perjuicios producidos como consecuencia de la anulación del PGOU de Sevilla, dirigidas tanto contra el Ayuntamiento de Sevilla como contra la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Andalucía que lo aprobó definitivamente. El perjuicio económico derivaba, en estos asuntos, de la imposición coactiva, por parte del planeamiento urbanístico, de unos pagos al Ayuntamiento, conocidos coloquialmente como "*el impuesto revolucionario*", para sufragar la denominada reparcelación discontinua en suelo urbano. La anulación de estas previsiones del PGOU por ilegales, hizo que aquellas personas, la mayoría de ellas empresas constructoras, que habían tenido que abonar estas cantidades como condición para poder edificar en suelo urbano, tratarán de recuperarlas pidiendo una indemnización.

A principios del año 2.002 se dictaron los primeros fallos judiciales con un resultado inexplicablemente desigual. Las sentencias de 9 de enero y de 6 de febrero de la Sección Segunda de esta Sala rechazaron estos recursos<sup>6</sup>, mientras que su Sección Primera, en un asunto idéntico, por medio de su sentencia de 12 de febrero de 2002, de la que ha sido ponente su magistrada ALEJANDRE DURÁN, ha estimado la indemnización condenando solidariamente a las dos Administraciones demandadas, el Ayuntamiento de Sevilla y la Junta de Andalucía a través de su Consejería de Obras Públicas y Transportes. Estas resoluciones judiciales constituyen el objeto del presente comentario.

## II. ANTECEDENTES DEL CASO

El origen de estos asuntos se encuentra en la aprobación definitiva, por parte del Consejero de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía el día 29 de diciembre de 1987, de la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Sevilla y modificación de catálogos. En esta modificación de su PGOU, el Ayuntamiento de Sevilla incluyó, en los artículos 9.4, 9.9, 9.11, 9.12, 9.14 y 9.15 de sus Normas urbanísticas, la polémica figura de la reparcelación

<sup>6</sup> El ponente de estas dos sentencias ha sido su magistrado MONTERO FERNÁNDEZ.

económica discontinua que consistía en exigir a los propietarios de solares en suelo urbano el pago del 23,07 por 100 de la edificabilidad permitida, como condición para el otorgamiento de una licencia de obra. Esta imposición no contaba con ningún apoyo en la Ley del Suelo entonces vigente.

No se trataba de ninguna novedad. Por el contrario, esta discutible práctica urbanística la habían seguido también otros Municipios españoles y el propio Ayuntamiento hispalense la había introducido, ya anteriormente, con ocasión de la aprobación en el año 1982 de la Adaptación del antiguo Plan General de Ordenación Urbana de Sevilla a las exigencias de la Ley del Suelo, aprobado por el Real Decreto 136/1976, de 9 de abril.

Sin embargo, hubo que esperar hasta principios de los años 90 del siglo pasado para que el Tribunal Supremo se pronunciase con rotundidad a cerca de la ilegalidad de estas reparcelaciones económicas discontinuas, anulando los preceptos de aquellos planes que habían decidido incorporarlas. De este modo, este Tribunal confirmó en su sentencia de 18 de octubre 1990<sup>7</sup>, desestimando el recurso de apelación interpuesto precisamente por el Ayuntamiento de Sevilla y la Junta de Andalucía, la anulación de los correspondientes artículos de la Normas urbanísticas de la Adaptación del PGOU sevillano efectuada por la sentencia de la desaparecida Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla de 26 de octubre de 1988.

Con la Revisión del año 1.987 sucedería prácticamente lo mismo. La única diferencia es que en esta ocasión, la Sala de instancia, ahora la sala de lo contencioso-administrativo, con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, desestimó el recurso en su sentencia de 20 de diciembre de 1.991 y sería el Tribunal Supremo el que, por medio de su sentencia de 10 noviembre 1.998<sup>8</sup>, el que anularía aquellos preceptos que obligaban ilegalmente al pago de unas cantidades para poder construir en los solares ubicados en suelo urbano.

Pero una vez constatada la nulidad del PGOU de Sevilla, ¿cómo podrían los particulares afectados recuperar las cantidades de dinero que se vieron forzados indebidamente a pagar al Municipio hispalense?

<sup>7</sup> Ar. 8.146.

<sup>8</sup> Ar. 9.329.

Como una primera solución cabría plantearse la posibilidad de solicitar las cantidades indebidamente abonadas, instando del Ayuntamiento que las cobró la revisión de oficio de las correspondientes liquidaciones. Este fue el camino inútilmente seguido por los perjudicados por la reparcelación económica discontinua prevista en la Adaptación del PGOU de Sevilla de 1982 que vieron, con desesperación, como los Tribunales contencioso-administrativos, con excepciones puntuales, desestimaban sus recursos apoyándose en una reiterada, y a nuestro juicio bien fundada, jurisprudencia que, en aplicación del derogado artículo 120 de la Ley de Procedimiento administrativo de 1958, sostiene que la anulación de una disposición general no produce efectos *ex tunc*, salvo el caso de que afecten a la imposición de sanciones administrativas, por lo que no acarrea la nulidad de los actos administrativos firmes que se hayan dictado en aplicación del reglamento ilegal. Doctrina que se ha positivado, como ya se ha dicho, en el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998.

De este modo, el Tribunal Supremo, en un interminable número de sentencias<sup>9</sup>, ha denegado la revisión de aquellas liquidaciones giradas ilegalmente en aplicación de Normas urbanísticas nulas relativas a la reparcelación discontinua. Merece destacarse, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1996<sup>10</sup> que resolvió un recurso de casación en interés de la Ley interpuesto, por la Corporación hispalense, frente a una sentencia de 23 de febrero de 1993 de la reiterada Sala de lo contencioso-administrativo, con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que le condenó a devolver uno de estos abonos, que en su fundamento jurídico cuarto proclama que

«debe declararse dañosa y errónea la doctrina y conclusión a que se llega en la sentencia objeto del presente recurso, y con estimación del mismo, debe establecerse como doctrina legal, que la estimación de un recurso interpuesto contra una disposición general —en el presente caso, determinadas Normas de un Plan General de Ordenación—, en cuanto implique la declaración de nulidad de aquélla y su derogación, sin distinción del motivo que sirvió de fundamento para tal declaración, no afectará a los actos firmes dictados en aplicación de la misma, los cuales permanecerán subsistentes,....».

<sup>9</sup> Entre otras, las SSTs de 16 de julio de 1999 (Ar. 6.070), de 27 de octubre de 2.000 (Ar. 9.030), de 12 de febrero, de 26 de julio y de 29 de septiembre de 2001 (3.252, 8.319 y 7950).

<sup>10</sup> Ar. 5.282.

Ante esta situación alguno de los afectados por la reparcelación económica discontinua impuesta, por segunda vez, por la Revisión del PGOU de Sevilla de 1987 decidieron sustituir esta infructuosa primera vía jurídica –o simultáneamente– por la petición de responsabilidad a las dos Administraciones que aprobaron la modificación del planeamiento urbanístico ilegal. Es decir, el Ayuntamiento de Sevilla que promovió la revisión del plan y la Consejería de Obras Públicas y Transportes que lo aprobó definitivamente. La desestimación de estas reclamaciones por la Gerencia Municipal de Urbanismo de Sevilla y esta Consejería, abrieron la puerta a su impugnación contencioso-administrativa.

### III. UNA CUESTIÓN PENDIENTE: LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR REGLAMENTOS

Antes de adentrarnos en el estudio de estas importantes sentencias vamos a detenernos brevemente en ver el estado que la responsabilidad por reglamentos presenta en nuestro ordenamiento jurídico.

#### 1. Naturaleza de la responsabilidad derivada de disposiciones reglamentarias

La escasa doctrina que se ha ocupado de esta materia –BLASCO ESTEVE<sup>11</sup>, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>12</sup>, GONZÁLEZ PÉREZ<sup>13</sup>, DE LA MORENA Y DE LA MORENA<sup>14</sup> y PARADA VÁZQUEZ<sup>15</sup>– se

<sup>11</sup> BLASCO ESTEVE se ocupa extensamente de esta cuestión resaltando la escasa predisposición del Tribunal Supremo a reconocer esta responsabilidad por considerarla como cargas sociales que deben de soportar los ciudadanos en la obra colectiva *Comentario sistemático a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Carperi, Madrid, 1.993, págs. 415 y 416.

<sup>12</sup> Curso de Derecho Administrativo, tomo II, Madrid, Ed. Civitas, 5ª Edición, 1.998, pág. 377.

<sup>13</sup> Véase su *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Madrid, Ed. Civitas, 1.996, pág. 250.

<sup>14</sup> Vid. *Curso de Derecho Administrativo, tomo IV, Expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial*, Gráficos Le coq d'or, Majadahonda, 1.992, pág. 390 y ss. Este autor formula una doble argumentación. En primer lugar, sostiene que si se hace responsable al Legislador cuando causa daños, con mayor razón «habrá que considerar responsable al Estado-Administración cuando los daños traigan su causa de una norma con rango inferior a Ley, como el Reglamento». De otra parte, realiza una interpretación *sui generis* de la vinculación de las disposiciones reglamentarias y la organización de los servicios públicos al apuntar que «los Reglamentos no se pueden desconectar de los Servicios Públicos que regulan, tratando de ver en ellos un tipo de actividad que vendría antes y no simultáneo de su organización, prestación y funcionamiento».

<sup>15</sup> Cfr. *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común*, Marcial Pons, 1.993, págs. 428.

ha limitado a incluir de forma acrítica a la potestad reglamentaria, haciendo una interpretación forzada de la expresión «funcionamiento de los servicios públicos» recogida en el artículo 106.2 del texto constitucional después reproducida por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común, dentro del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas<sup>16</sup>.

Así lo ha entendido también una mayoritaria línea jurisprudencial. Entre otras, la STS de 20 de mayo de 1987<sup>17</sup>, en la que se ventilaba una petición de indemnización por los daños que el Real Decreto 2179/1981, de 24 de julio, de Armas, había producido a determinados fabricantes al prohibir la comercialización de navajas automáticas, sostuvo que el ejercicio de la potestad reglamentaria,

«... tiene cabida dentro del concepto de gestión administrativa en general, al que hay que reconducir, ..., la expresión funcionamiento de los servicios públicos...» (f.j. 5º)<sup>18</sup>

No podemos compartir esta opinión generalizada. El ejercicio de la potestad reglamentaria no puede considerarse como un servicio público. Se trata de una función normativa que la Constitución<sup>19</sup> atribuye al poder ejecutivo y que le permite, junto al Parlamento, crear Derecho aunque se trate de disposiciones de rango inferior a la ley.

<sup>16</sup> Sobre esta cuestión nos hemos ocupado en nuestro *La Responsabilidad del Estado Legislador*, Cedece, Barcelona, 2001, págs. 201 y ss.

<sup>17</sup> Ar. 4.153.

<sup>18</sup> El Consejo de Estado tampoco duda en someter los perjuicios causados por reglamentos a las normas que regulan la responsabilidad administrativa. En su dictamen nº 48.216, Sec. 4º, de 24 de abril de 1984, publicado en *Recopilación de Doctrina legal. 1984*. Boletín oficial del Estado, Madrid, 1991, nº 154, págs. 448 y ss., afirmó en relación a los posibles daños causados por la aprobación de una Orden de la Presidencia, de 21 de enero de 1985, sobre liberalización del transporte marítimo que «de antemano hay que indicar que el instituto jurídico de la responsabilidad objetiva de la Administración no incluye sólo a los actos como causa sino también a las normas en la propia medida en que éstas pudieran engendrar una privación singular de derechos o intereses patrimoniales legítimos.» (Consideración 3ª)

<sup>19</sup> Arts. 97, 106.1 *a sensu contrario* y 153 c) CE.

Aparte de esto, en muchos casos los reglamentos desarrollan las previsiones de una ley por lo que resulta extremadamente difícil separar lo que es la actividad legislativa de su desarrollo reglamentario. La reducción de las distancias mínimas de separación entre las gasolineras operada por el bloque normativo constituido por los Reales Decretos-leyes 5/1985, de 12 de diciembre y 4/1988, de 24 de junio y el Real Decreto 645/1988, también de 24 de junio, constituye un buen ejemplo. Varios concesionarios de Gasolineras recurrieron directamente este reglamento pidiendo su anulación y subsidiariamente una indemnización en concepto de responsabilidad administrativa. El Tribunal Supremo desestimó íntegramente estos recursos afirmando por primera vez en su sentencia de 4 de mayo de 1992<sup>20</sup> en relación con la reclamación de responsabilidad que

«... como el origen, al menos parcial, de la supuesta lesión patrimonial o de los daños y perjuicios a que se ha hecho referencia estaría vinculado al Poder Legislativo, que asumió con su refrendo los términos del comentado Real Decreto Ley 4/1988, resulta improcedente reclamar de la Administración, aunque sea implícitamente, una responsabilidad de contenido económico que, en definitiva, no le es imputable. (F.j. 4º)<sup>21</sup>

Por lo tanto, a nuestro juicio, los daños imputables a una actividad lícita o ilícita o, incluso, a una pasividad reglamentaria tienen la misma naturaleza jurídica que los derivados de disposiciones con rango de ley. No creemos que exista ninguna justificación dogmática para que deban someterse a un régimen de responsabilidad distinto, aunque tampoco tenga que ser totalmente coincidente. Esto es así, por un lado, porque la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria tiene un margen de configuración jurídica mucho más reducido que el Legislador y, en segundo lugar, porque los Tribunales del orden contencioso-administrativo a instancia de los particulares ejercen un pleno control de su legalidad.

<sup>20</sup> Ar. 3.733.

<sup>21</sup> Las anteriores SSTs de 21 de marzo, de 6 de junio y de 10 de junio de 1991 (Ars. 888, 4.961 y 4.964) habían desestimado la impugnación directa del R.D. 645/1988. Sólo la primera de ellas contiene en su fundamento jurídico 21 una referencia marginal a la cuestión indemnizatoria. Por otra parte, las posteriores SSTs de 22 de junio y de 7 de octubre 1.992, (Ars. 6.121 y 9.185) se limitan a reproducir esta misma argumentación jurídica. Finalmente, la STS de 1 de marzo de 1993 (Ar. 2.042) desestima la reclamaciones de indemnización sobre la base de la inexistencia de responsabilidad por actos legislativos.

De este modo, debido a la primacía que las normas con rango de ley tienen en la jerarquía de las fuentes del Derecho, el Parlamento tiene una capacidad de innovación normativa que sólo se encuentra limitada por los preceptos constitucionales, mientras que los reglamentos, aunque desempeñen un activo papel en lo que se ha venido llamando la legislación motorizada, tienen un campo normativo limitado precisamente por la existencia de una amplia reserva de ley.

Asimismo, a diferencia de lo que ocurre con las leyes que son irrecurribles por los particulares, los artículos 24.1 y 106.1 de la Constitución y 19 y 25 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa legitiman a cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que ostente un interés legítimo para impugnar directamente la validez de un reglamento y recurrir también sus actos de aplicación. Esta última garantía que supone el control judicial se refuerza, además, con la posibilidad de obtener como medida cautelar la suspensión judicial del reglamento impugnado por lo que los particulares disponen de instrumentos jurídicos idóneos para frenar los daños que tengan su causa en la aplicación de un reglamento<sup>22</sup>.

Esta extensión del régimen de responsabilidad por actos legislativos a la reparación de las lesiones patrimoniales causadas por disposiciones reglamentarias ha sido apuntada por una atenta línea jurisprudencial. Cabe destacar en este sentido la STS de 19 de diciembre de 1989<sup>23</sup> que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la denegación administrativa de una indemnización por los perjuicios producidos por la entrada en vigor del Reglamento de Explosivos, de 2 de marzo de 1978. La aprobación de esta norma, que introducía medidas más estrictas de seguridad en los talleres de pirotecnia, provocó el cierre del establecimiento del recurrente. El Tribunal Supremo basa el reconocimiento de la indemnización, que inicialmente había denegado la Administración, acudiendo en su fundamento jurídico 3º *in fine* a la teoría de la responsabilidad del Estado Legislador, al recordar que

<sup>22</sup> En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1986 (Ar. 4.603) denegó la indemnización solicitada porque el reglamento al que se le imputaban los daños, el RD 1895/1983, de 6 de julio, por el que se determinan los establecimientos para la práctica de los juegos de azar, había sido suspendido anteriormente, en este caso por la propia Administración demandada; lo que impidió que se produjeran unos perjuicios patrimoniales efectivos a sus potenciales destinatarios.

<sup>23</sup> Ar. 9.867.

«las sentencias de 17 de noviembre de 1987 y 12 de febrero de 1988, mantienen que consagrada en el art. 9.3 de la Constitución la responsabilidad de todos los poderes públicos, sin excepción alguna, resulta evidente que cuando el acto de aplicación de una norma, aún procedente del Poder Legislativo, supone para sus concretos destinatarios un sacrificio patrimonial que merezca el calificativo de especial, en comparación del que pueda derivarse para el resto de la colectividad, el principio constitucional de la igualdad ante las cargas públicas impone la obligación del Estado de asumir el resarcimiento de las obligaciones patrimoniales producidos por tal norma y el acto de su aplicación, salvo que la propia norma, por preferentes razones de interés público, excluya expresamente tal indemnización, cuya cuantía de no concurrir tal excepción, debe ser suficiente para cubrir el perjuicio efectivamente causado.»

De forma más explícita en su posterior sentencia de 20 de septiembre de 1.997<sup>24</sup>, partiendo de la naturaleza normativa de los reglamentos, señaló que

«en realidad, la dimensión de la cuestión suscitada [se refiere a la **responsabilidad por los daños causados a las empresas recurrentes, productoras de isoglucosa, originados por la Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, de 23 de junio de 1986, que fijaba la distribución de la cuota base de producción de isoglucosa**] es asimilable a la que corresponde a una solicitud de responsabilidad como consecuencia directa o en aplicación de una norma de rango legal...» (f.j. 10º)<sup>25</sup>

Sin embargo, paradójicamente si se admite el carácter independiente de la responsabilidad derivada de reglamentos respecto de la responsabilidad ad-

<sup>24</sup> Ar. 1.991.

<sup>25</sup> En la misma línea la posterior STS de 29 de enero de 1998 (Ar. 1.103) que desestima la petición de responsabilidad solicitada por los daños producidos por el R.D. 593/1990, de 27 de abril, de Máquinas recreativas y de azar que obligó a los empresarios del sector de las máquinas recreativas a modificar sus aparatos para adaptarlo a la nueva normativa, razonó que «... no hay, en principio, obstáculo alguno para que, «in abstracto», el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración pueda ser considerado como una manifestación del actuar administrativo determinante de la génesis de daños y perjuicios. Sin embargo, tal clase de responsabilidad, producida o surgida con motivo u ocasión de la promulgación de normas reglamentarias, no puede equipararse, de un modo global, a los supuestos de la responsabilidad por actos administrativos no expropiatorios.» (F.j. 4º)

ministrativa *stricto sensu* por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos se produciría la curiosa situación de que la responsabilidad legislativa contaría con una regulación expresa, la contenida en el discutible artículo 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre –y, por supuesto la administrativa–, mientras que la responsabilidad por reglamentos se encontraría huérfana de regulación legal. De hecho el reconocimiento de responsabilidad por los daños causados por reglamento, tanto válidos como ilegales, ha sido el resultado de una meritoria y artesanal labor jurisprudencial.

## 2. La exigencia de un sacrificio especial para la reparación de las lesiones patrimoniales causadas por reglamentos válidos

En contra de lo que pueda parecer, los Tribunales contencioso-administrativos no han tenido ningún reparo en reconocer responsabilidad por los daños imputables a un reglamento plenamente legal. La sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de marzo de 1996<sup>26</sup>, en la que se discutía la indemnizabilidad de los perjuicios económicos producidos a los propietarios de máquinas de juegos de azar –vulgarmente conocidas como “tragaperras”– como consecuencia de la introducción por vía reglamentaria de una obligación de realizar adaptaciones técnicas a estos aparatos con el objeto de luchar contra la adicción al juego, sostuvo que las normas reglamentarias causantes del perjuicio

«... han de ser valoradas con independencia de que las mismas hayan sido declaradas ajustadas a Derecho, por cuanto el Instituto de la responsabilidad Patrimonial opera tanto en los supuestos de funcionamiento normal como en los de funcionamiento anormal de los servicios públicos, por lo que no es necesario que el actuar de la Administración sea contrario al ordenamiento jurídico, lo que hace que la declaración de que la disposición en cuestión resulta ajustada a Derecho no excluya en absoluto la posible concurrencia de responsabilidad patrimonial de la Administración y por ende de la obligación de indemnizar caso de que concurran los restantes requisitos exigidos para que opere la figura jurídica que nos ocupa, a saber, antijuridicidad de la lesión, daño efectivo evaluable e individualizado y nexo causal entre el actuar de la Administración y el daño producido.» (F.j. 1º)<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Ar. 2.048.

<sup>27</sup> Reiterado, entre otras muchas, en las SSTS de 25 y 29 de abril de 1.996 (Ar. 3.596 y 3.610).

En cuanto al fundamento de la responsabilidad derivada de reglamentos válidos, este Tribunal ha apuntado inequívocamente al principio de igualdad ante las cargas públicas. Resulta en este punto paradigmática la STS de 11 de junio de 1993<sup>28</sup>. Un matadero sevillano se dirigió al Consejo de Ministros solicitando una indemnización por las pérdidas económicas que le produjo las medidas adoptadas por una Orden ministerial para erradicar un brote de peste porcina. Esta sentencia rechaza la tópica alegación de la Administración estatal que se escudaba en que una norma general, como era la Orden ministerial, no podía nunca causar daños individualizados, aunque la desestima porque el recurrente no consiguió acreditar una relación de causalidad entre los daños sufridos y esta disposición, señalando que

«frente a estos argumentos, la Sala entiende que la responsabilidad patrimonial de la Administración regulada en el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico [hoy art. 139 de la LRJPAC] puede derivar tanto de actuaciones materiales como de actos jurídicos y que éstos pueden ser así resoluciones concretas como disposiciones de carácter general. Es decir, el hecho de que los daños invocados atribuyan su causa a una norma reglamentaria no excluye, sin más, el derecho a la indemnización. Cuando esa norma pudiese ser desigual en su aplicación para todos los administrados comprendidos en su ámbito, sería susceptible de generar daños y perjuicios indemnizables, conforme al art. 40 LRJAE, siempre que se justificase la concurrencia de los requisitos exigidos por el referido precepto. En consecuencia, y ello es lo que se considera trascendente dejar aclarado en el presente proceso, no cabe negar el concepto técnico-jurídico de lesión indemnizable indemnizable a todo daño o perjuicio producido por una disposición de carácter general, basándose precisamente en la generalidad que para un sector determinado tiene la norma jurídica, por lo que las alegaciones formuladas a este respecto por la Administración demandada no pueden ser estimadas.» (f.j. 3º, **el subrayado es nuestro**)

Se trata de una doctrina consolidada que ha dado lugar a la reparación de las lesiones producidas por reglamentos legales en varias ocasiones. Destaca por su importancia la STS de 19 de diciembre de 1989 a la que se ha hecho referencia más arriba. El recurrente era propietario de un taller de pirotecnia en las afueras de una ciudad burgalesa. Su causahabiente había obtenido en 1930 una licencia para instalar un taller dedicado a la fabricación de cohetes,

<sup>28</sup> Ar. 4.375.

bengalas, tracas, antorchas y otros productos similares en un paraje completamente aislado. Sin embargo, a partir de la década de los sesenta se otorgaron nuevas licencias, en cuya tramitación no se le dio audiencia al titular de la pirotecnia, lo que originó que su taller se viera progresivamente rodeado de otras edificaciones (Gallineros, chatarrería, etc...). Más tarde, el establecimiento de unas distancias de seguridad más estrictas por parte del Real Decreto, de 2 de marzo de 1978, de Explosivos, y sus anexos (Reales Decretos de 18 de abril de 1980 y de 24 de julio de 1981), determinó que se decretara administrativamente la clausura de su taller. El Tribunal Supremo centró correctamente la cuestión de la aplicación de la responsabilidad al afirmar en su fundamento jurídico 4º *in fine* que

«la verdadera problemática aquí planteada radica en la antijuridicidad del daño o lesión y su consecuente imputabilidad a la Administración.»

En primer lugar conecta esta antijuridicidad con la existencia de un sacrificio especial al señalar en el fundamento jurídico siguiente que

«el criterio esencial para la determinación de la antijuridicidad del perjuicio o lesión causado a un particular por la aplicación de un precepto legal, incide en su falta del deber jurídico de soportarlo. Las restricciones o limitaciones impuestas por una norma, precisamente por el carácter de generalidad que la misma comporta han de ser, en principio, soportadas por cada uno de los individuos que integra la sociedad, en aras precisamente del interés público.

Sólo cuando la intensidad y especialidad del perjuicio o sacrificio causado por tales limitaciones, se convierte en singular para una persona en concreto, por verse ésta afectada de un modo excesivo y desigual en razón a la particularísima repercusión lesiva de la actividad administrativa de aplicación de la norma, en la esfera patrimonial de aquella, deviene tal perjuicio o lesión antijurídica e imputable a la Administración generadora del mismo.»

Y acaba otorgando la indemnización, imputando el daño a la Administración del Estado que fue la que aprobó este reglamento, por cuanto

«los efectos lesivos del cambio de criterio legal han comportado al interesado un sacrificio singular especialmente intenso, que por ello no tiene el deber jurídico de soportar, siendo imputable a la Administración el cambio de las circunstancias legales que han dado lugar a la le-

sión, y sin que aquel haya tenido intervención o participación alguna en la modificación de los originarios elementos de hecho que propiciaron la autorización, lo que genera de acuerdo con todo lo afirmado y lo dispuesto en el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, los arts. 121 y 123 de la Ley de Expropiación forzosa y 106 de la Constitución la responsabilidad patrimonial de la Administración.» (F.j. 6º)

Este tipo de indemnizaciones ha sido relativamente frecuente en relación con los perjuicios originados a los propietarios de los *stocks* de productos que, pese a reunir los requisitos anteriormente exigidos, un cambio en su nueva regulación les impide su venta. Así sucedió con la comercialización de los *sprays* o aerosoles de defensa personal<sup>29</sup>, de las navajas automáticas<sup>30</sup> y de productos derivados de la sangre a los que no se les hubiera realizado la prueba del SIDA<sup>31</sup>. Por el contrario, la ya citada STS de 29 de enero de 1.998 rechazó que la obligación de adaptar las máquinas de juego, impuesta reglamentariamente, fuera indemnizable porque no se había producido un sacrificio especial ya que

«..., la modificación reglamentaria ha operado, sin perjuicio de su legitimidad, con una eficacia general sobre la totalidad del sector empresarial y económico que desarrolla su giro habitual en torno al juego y, por tanto, ha generado, como derivación del fuerte intervencionismo administrativo en la materia, «una carga colectiva o general» que carece, en consecuencia, de los condicionamientos de singularidad y gravamen individualizado que justificarían, solo en su caso, el resarcimiento.» (F.j. 6º)

<sup>29</sup> Resuelto por la STS de 14 de mayo de 1987 (Ar. 3.607). En este asunto se entremezcla también la persecución del recurrente por delito de contrabando del que fue absuelto.

<sup>30</sup> En la STS de 25 de mayo de 1987 (Ar. 4.153) se enjuició la adecuación de las indemnizaciones que el Ministerio del Interior otorgó a unos fabricantes de navajas automáticas de la Provincia de Albacete como consecuencia de la prohibición de este tipo de armas por medio del Real Decreto 2.179/1.981, de 24 de julio, de Armas.

<sup>31</sup> La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1.992 indemniza a un laboratorio los daños que le causó el cumplimiento de una Circular del Ministerio de Sanidad y Consumo, de 5 de septiembre de 1985 que le obligó a someter a las partidas de productos derivados de la sangre existentes hasta esa fecha a una prueba de detección del virus del SIDA. Incomprendiblemente, este Tribunal rectifica esta doctrina en su posterior STS de 12 de marzo de 1998 (Ar. 2.709) que resuelve un recurso de casación anulando una sentencia estimatoria de la Audiencia Nacional.

Por esta razón, nos parecen especialmente desafortunados algunos fallos aislados del Tribunal Supremo<sup>32</sup>, a cuya doctrina se acogen precisamente las dos sentencias desestimatorias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 9 de enero y de 6 de febrero de 2002<sup>33</sup>, que sostienen que la naturaleza normativa que tienen las disposiciones reglamentarias actúa como una causa de justificación de los daños que puedan derivarse de su aplicación por lo que nunca podrán considerarse como antijurídicos.

### 3. La situación de la responsabilidad por ilícito reglamentario

A diferencia de lo que sucede con las leyes nuestro ordenamiento marca con nitidez la separación entre los efectos de una sentencia contencioso-administrativa que anula una disposición reglamentaria y la indemnización de los daños que haya podido causar la aplicación de un reglamento ilegal.

Por un lado, la Ley 29/1.998, de 13 de julio, de la Jurisdicción contencioso-administrativa regula los efectos de una sentencia que declare la nulidad de un reglamento partiendo de la solución que ya existe para las sentencias constitucionales que anulan una ley, supliendo de este modo la laguna producida con la, poco meditada, derogación del anciano artículo 120 de la Ley de Procedimiento administrativo de 1958<sup>34</sup> por parte de la Ley 30/1992. El

<sup>32</sup> Nos referimos a las SSTS de 31 de octubre de 1992 (Ar. 10.288) y de 27 de junio de 1997 (Ar. 5.352) que desestimaron pretensiones de indemnización planteadas en relación con la supresión por vía reglamentaria del oficio de Recaudadores de Hacienda. De este modo, se sostiene, haciendo un razonamiento plano, en el f.j. 6º de la primera sentencia citada que «no hay lesión si no hay antijuridicidad o ilicitud del daño y/o perjuicio causado, y esa antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño o el perjuicio. Y ese deber de soportar el daño o perjuicio sufrido se da en los supuestos en que la Ley y el grupo normativo de ella derivado justifican dichos detrimentos de un modo expreso o implícito»; para concluir que «por lo tanto, si, en el caso presente, la Administración del Estado, por vía reglamentaria..., ha procedido a establecer una estructura administrativa diferente que implica el «cambio del sistema recaudatorio», con las consecuencias, ya previstas, de «rescindir», «sin derecho alguno a indemnización», la «encomienda» de las Diputaciones Provinciales y producir el «cese» de todos los Recaudadores, con opción de adscribirse a los nuevos servicios recaudatorios o de reingresar a su anterior puesto de funcionario público, debe concluirse que tal actuación está plenamente ajustada al ordenamiento y que los potenciales daños y perjuicios causados no son antijurídicos o ilícitos y han de ser jurídicamente soportados por los interesados, que, dentro, del sustrato estatutario de la relación que mantenían con la Administración, sólo eran titulares de meras y simples expectativas».

<sup>33</sup> En sus idénticos fundamentos jurídicos tercero *in fine*.

<sup>34</sup> Este precepto establecía que «la estimación de un recurso interpuesto contra una disposición de carácter general implicará la derogación o reforma de dicha disposición, sin perjuicio de que subsistan los actos».



artículo 71.1 a) de la LJCA establece que «cuando la sentencia estimase el recurso contencioso-administrativo... declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido» añadiendo su artículo 73 que «las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente».

De otra parte, la responsabilidad administrativa, con carácter general, se encuentra regulada en el título X de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre. Con independencia de que en realidad no exista una regulación expresa de la responsabilidad por reglamentos, su artículo 142.4 se refiere, de manera marginal, a ella cuando dispone que «la anulación... por el orden contencioso-administrativo de disposiciones administrativas no presupone derecho a indemnización». Es decir, que la mera anulación de un reglamento no entraña automáticamente derecho a una indemnización sino que se requiere, además, que se reúnan los requisitos generales de la responsabilidad<sup>35</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia ha abusado de este precepto, utilizándolo con frecuencia como una presunción de no indemnizabilidad<sup>36</sup>.

Pero donde la autonomía de la responsabilidad por ilícito reglamentario frente a los efectos de una sentencia que anula una disposición administrativa general aparece con claridad en el artículo 102. 4 de la Ley 30/1992, en la redacción que le dio la Ley 4/1999, de 13 de enero, que establece que «las Administraciones públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de esta Ley; sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma». Por lo tanto, el mantenimiento de los actos firmes que se dictaron aplicando un reglamento ilegal no es óbice para que proceda

*firmes dictados en aplicación de la misma». Su desaparición, por otra parte, era coherente en la medida que la Ley 30/1992 suprimió la posibilidad, antes existente, de interponer recursos administrativos contra disposiciones reglamentarias (art. 107.3).*

<sup>35</sup> De esta forma, las SSTs de 31 de mayo de 1986 (Ar. 4.603) y de 18 de septiembre de 1996 (Ar. 6.968) que anulan sendos reglamentos desestiman la petición acumulada de responsabilidad por falta de prueba de los perjuicios alegados por los recurrentes.

<sup>36</sup> Vid., por todas, las SSTs de 31 de mayo de 1986 (Ar. 4.603) y de 5 de septiembre de 1996 (Ar.7.514).

la reparación, por vía de responsabilidad patrimonial, de los daños y perjuicios que haya causado su aplicación siempre que éstos resulten antijurídicos, porque los particulares no tengan el deber jurídico de soportarlo y sean efectivos, individualizados y evaluables económicamente.

Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo. Mientras que ha mantenido, de una manera, reiterada que la declaración de nulidad de un reglamento no afecta a las actuaciones administrativas que hayan devenido firmes, que permanecen, por lo tanto, inalterables<sup>37</sup>; ha dejado abierta la posibilidad de que se puedan indemnizar, no obstante, los daños producidos por la aplicación del reglamento ilegal.

En este punto resulta paradigmática la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, el 4 de julio de 1987<sup>38</sup>, en relación con la rebaja del margen de beneficios de determinados medicamentos impuesta por la Orden ministerial de 10 de agosto de 1985. Esta sentencia anuló dicha Orden, por defectos de forma, pero denegó la indemnización que de forma acumulada, con la anulación de la orden, había solicitado la entidad recurrente, el Consejo General de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos por no ostentar directamente la condición de víctima de los daños.

Sin embargo, esta sentencia dejó prácticamente prejuzgada la procedencia de la indemnización. De esta forma, animó a los propietarios de farmacias afectados a exigir individualmente una reparación económica por la pérdida de ingresos que habían sufrido al afirmar que

«resulta casi obvio que en el supuesto ahora juzgado concurren cuantos elementos configuren [léase configuran] la responsabilidad objetiva del Estado... La efectividad del perjuicio económico o de la lesión y la relación de causalidad respecto de las disposiciones generales que se anulan, están fuera de cualquiera duda razonable. Ahora bien, la individualización del daño alegado sólo se produce en relación con cada uno de los titulares de las Oficinas de Farmacia...» (f.j. 6º *in fine*)<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Véase como muestra las SSTs de 20 de junio de 1989 (Ar. 5.958), de 3 de octubre de 1991 (Ar. 8.536) y de 2 de julio de 1992 (Ar. 6.108).

<sup>38</sup> Ar. 5.504.

<sup>39</sup> Un caso similar con una indicaciones parecidas se encuentra en la STS de 2 de abril 1990 (Ar. 3.409).

A pesar de la contundencia de estas palabras, la Administración del Estado, autora del reglamento ilegal y, por lo tanto, responsable de los daños causados, desestimó tozudamente las peticiones de indemnización presentadas por muchos propietarios de farmacias. Ello forzó una nueva impugnación judicial que concluyó con un segundo fallo del Tribunal Supremo, dictado el día 15 de octubre de 1990<sup>40</sup>, que reconoce el derecho de los farmacéuticos recurrentes a ser indemnizados por las cantidades dejadas de ingresar por aplicación de aquella Orden ministerial, con sus correspondientes intereses legales. Según esta sentencia<sup>41</sup> se había producido una lesión patrimonial ya que

«... no cabe la menor duda de que la rebaja del margen comercial correspondiente a los farmacéuticos en la venta o dispensación de los medicamentos implicaba necesariamente, sin más averiguaciones, una disminución de sus beneficios o ganancias en la misma proporción.»

(F.j. 4º)

Por otra parte, la ilegalidad de la Orden ministerial hacía que este colectivo no hubiera tenido la obligación jurídica de soportar la lesión que

«fue real y efectiva, actual en su momento, nunca potencial o futuro, y, por tanto, no temida sino sufrida. El perjuicio, cualquiera que resulte ser su cuantía, tiene naturaleza exclusiva o, al menos, predominantemente económica, con posibilidad de ser cifrado en dinero y así compensado a quienes lo padecieron, individualizados e individualizables, por tratarse de los titulares de las Oficinas de Farmacia abiertas y en funcionamiento entre la fecha inicial y la final del cómputo correspondiente...»

Al igual que ocurre con las leyes inconstitucionales, la antijuridicidad de los daños causados por un reglamento ilegal tiene como presupuesto la previa

<sup>40</sup> Ar. 8.126; a la que le sucederían una larga lista de sentencias "clónicas" posteriores. Vid. SSTs de 1 de diciembre, dos de 19 y de 20 de diciembre de 1990 (Ars. 9.712, 9.985 a 9.988), de 24 de enero y de 9 de marzo de 1992 (Ars. 634 y 2.138), de 14 de mayo de 1993 (Ar. 3.748), de 15, 17 y 18 de enero, de 16 de julio (Ars. 45 a 47 y 5.636), de 12 y dos de 16 de enero, de 12 de marzo de 1995 (Ars. 41 a 43 y 2.332) y de 22 de abril de 1996 (Ar. 3.341).

<sup>41</sup> BLASCO ESTEVE hace un apretado resumen de este asunto en la obra colectiva *Comentario sistemático a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común*, op. cit., págs. 415 y 416.

anulación de la norma viciada, en este caso por los Tribunales contencioso-administrativos. La individualización de los daños, también a semejanza del ilícito legislativo, se produce con la aplicación efectiva del reglamento ilegal. Por esta razón no resulta necesario que el sacrificio sea especial. Aquí la antijuridicidad no se basa en la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas como sucede con la responsabilidad por daños válidos, sino en la lesión de derechos de contenido patrimonial de los particulares que ha producido la aplicación del reglamento ilegal. Lo que sucede es que la antijuridicidad del daño no se puede conocer hasta que no se publique en los boletines oficiales correspondientes la anulación de la disposición administrativa de carácter general. Por otra parte, la exigencia de que el particular justifique los derechos patrimoniales que le han sido lesionados implica que no toda anulación de un reglamento tenga forzosamente que dar lugar a indemnizaciones.

#### IV. LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS PRODUCIDOS POR LA EJECUCIÓN DE UN PGOU ILEGAL COMO UN SUPUESTO MÁS DE RESPONSABILIDAD POR LA APLICACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS NULAS

Las sentencias de 9 de enero, de 6 y 12 de febrero de 2002 de la Sala de lo contencioso-administrativo, con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía contaban todas ellas con un idéntico objeto. Tenían que resolver los recursos interpuestos contra la desestimación por parte del Ayuntamiento de Sevilla y la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía de las reclamaciones de responsabilidad presentadas por los perjuicios provocados por la aplicación de unos preceptos nulos de las Normas urbanísticas de la Revisión del PGOU de Sevilla de 1987.

Para ello han tenido que enfrentarse a dos cuestiones fundamentales: determinar como afecta la firmeza de las liquidaciones que fueron abonadas al Ayuntamiento de Sevilla a sus peticiones de indemnización y si la lesión patrimonial sufrida, que consiste precisamente en el pago de estas liquidaciones, puede calificarse o no como antijurídica.

##### 1. La autonomía de la acción de responsabilidad por planes urbanísticos ilegales respecto de la revisión de sus actos de ejecución

El principal escollo jurídico que tenían que superar las acciones de responsabilidad patrimonial ejercitadas por los perjudicados por la reparcelación económica discontinua era la firmeza de las liquidaciones que se habían visto

obligados a abonar para poder obtener sus licencias de edificación. Además, en muchos supuestos, los recurrentes, como sucedió en el recurso contencioso-administrativo nº 154/2.000 resuelto por la sentencia de la Sección primera de la Sala de lo contencioso-administrativo, con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 12 de febrero de 2002, habían solicitado previamente la devolución de los pagos indebidamente realizado obteniendo una sentencia firme con fuerza de cosa juzgada.

En efecto, podría pensarse, si se aplica indiscriminadamente la jurisprudencia sobre la intangibilidad de las actuaciones administrativas firmes dictadas en base a un reglamento nulo, que sería impropio el reconocimiento de indemnizaciones en la medida que no pueden revisarse estas liquidaciones. Esto es precisamente lo que sostienen, aunque con bastante ambigüedad, las dos sentencias de la Sección segunda de esta misma Sala de 9 de enero y de 6 de febrero de 2002 que denegaron las indemnizaciones solicitadas.

Este planteamiento podría además encontrar como respaldo la posterior y, desde luego, relevante sentencia del Tribunal Constitucional 54/2002, de 27 de febrero recaída en relación con un asunto que guarda con el que estamos comentando una curiosa identidad. La Ley estatal 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones urbanísticas suprimió por medio de su artículo 14.1 la posibilidad, que había introducido la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo como reacción a la jurisprudencia contraria a la figura de las reparcelaciones discontinuas, de que se pudieran imponer a los propietarios de suelo urbano consolidado por la edificación, esto es de solares ubicados en un suelo cuya urbanización ha sido ya completada, deberes de cesión de aprovechamiento urbanístico. Cesiones obligatorias y gratuitas que sólo se podrán ordenar, hasta un límite máximo del 10 por 100 del aprovechamiento urbanístico, a los propietarios de suelo urbano no consolidado y, por supuesto, a los propietarios de suelo urbanizable. La finalidad de esta medida era abaratar el precio de las viviendas y vendría, por otra parte, justificada porque sólo en un suelo aún no consolidado por la urbanización existirían propiamente plusvalías derivadas de la acción urbanística pública, a que se refiere el artículo 47 de nuestra Constitución, de cuyo beneficio tiene que participar la Comunidad.

No estando conforme con esta medida, el Parlamento vasco aprobó la Ley 11/1998, de 20 de abril, de modificación de la Ley 3/1997, de 25 de abril, por la que se determina la Participación de la Comunidad en las Plusvalías generadas por la Acción urbanística, estableciendo en el apartado primero de su artículo único que «los propietarios de suelo urbano deberán ceder obligatoria y gra-

*uitamente al Ayuntamiento el diez por ciento del aprovechamiento urbanístico lucrativo del ámbito correspondiente libre de cargas de urbanización. En el supuesto de obras de rehabilitación, únicamente corresponderá al Ayuntamiento el diez por ciento del incremento del aprovechamiento urbanístico sobre el anteriormente edificado».*

El Gobierno de la nación reaccionó interponiendo un recurso de inconstitucionalidad por infringir las condiciones básicas del régimen de la propiedad urbana en los términos contemplados en el artículo 149.1.1 de la Constitución, que fue estimado por el Tribunal Constitucional por medio de la STC 54/2002, de 27 de febrero<sup>42</sup>. Sin embargo, esta Ley autonómica sí llegó a aplicarse porque el alto Tribunal, en contra de lo solicitado por el Abogado del Estado, acordó levantar su suspensión, inicialmente decretada, en su auto de 15 de diciembre de 1.998.

Este último dato tiene una especial importancia. Ya que significa que, desde esta fecha hasta la de la publicación de la sentencia constitucional que anuló el precepto, los Ayuntamientos vascos pudieron exigir a los propietarios de suelo urbano consolidado que quisieran construir la cesión obligatoria y gratuita del 10 por 100 de su aprovechamiento urbanístico, materializándose normalmente esta cesión en el pago de su equivalente en dinero. La analogía con lo sucedido con la anulación de las reparcelaciones discontinuas en el ámbito del planeamiento urbanístico resulta, por lo tanto, evidente.

<sup>42</sup> Como razona en su fundamento jurídico 5º in fine el «régimen uniforme en el disfrute de la propiedad urbana se quiebra en el territorio del País Vasco, donde según el art. único, apartado 1, de la Ley del Parlamento Vasco 11/1998 los propietarios de suelo urbano "consolidado" deben -al igual que los propietarios de suelo urbano "no consolidado"- ceder obligatoria y gratuitamente el 10 por 100 del aprovechamiento asignado a sus parcelas o solares (o, en el caso de obras de rehabilitación, el 10 por 100 del incremento de aprovechamiento urbanístico). Subrayemos aquí que en la estructura normativa del art. 14 LRSV las cesiones obligatorias de aprovechamiento no son un mínimo superable por cada Comunidad Autónoma sino, justamente, un máximo reducible en cada Comunidad; así resulta claramente del enunciado literal del art. 14.2 c) LRSV. En este sentido, la exclusión de toda cesión obligatoria de aprovechamiento urbanístico en el suelo urbano "consolidado" no admite modalización alguna de origen autonómico. Pues si la igualación de todos los propietarios de suelo urbano "consolidado" reside tanto en los deberes positivos a que se ha hecho referencia como en la inexistencia de deberes de cesión de aprovechamiento urbanístico -y sentado que aquella es una opción estatal válida, según razonamos en el FJ 4-, la imposición de deberes de cesión de aprovechamiento urbanístico por las Comunidades Autónomas frustraría el fin igualador buscado por los arts. 149.1.1 CE y 14.1 LRSV. Con lo expuesto en nada se cuestionan ni limitan, claro es, las competencias de cada Comunidad Autónoma para precisar, en su ámbito territorial y "en los límites de la realidad" qué debe entenderse por suelo urbano "consolidado" (STC 164/2001, FFJJ 19 y 20), ni cuál sea la fórmula de determinación del aprovechamiento urbanístico que rija en su territorio (STC 164/2001, FJ 22)».

De llevarse la eficacia de este fallo constitucional al momento de la entrada en vigor de la ley nula las consecuencias económicas para los Municipios vascos hubiesen sido devastadoras. Por esta razón el propio Tribunal Constitucional se esmera en determinar con precisión su alcance, dedicándole los tres últimos fundamentos jurídicos de su sentencia. De esta forma, después de proclamar<sup>43</sup> que el efecto inmediato de este fallo es que el precepto inconstitucional y nulo queda definitivamente expulsado del ordenamiento jurídico y resulta inaplicable a partir de que se publica la declaración de nulidad en el Boletín Oficial del Estado, matiza que

«en el asunto que nos ocupa debemos traer a colación, a la hora de precisar el alcance en el tiempo de nuestra declaración de nulidad, el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), al que responde la previsión contenida en el art. 40.1 LOTC, según el cual las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes “no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada” en los que se haya hecho aplicación de las leyes inconstitucionales. Ahora bien, la modulación del alcance de nuestra declaración de inconstitucionalidad no se limita a preservar la cosa juzgada. Más allá de ese mínimo impuesto por el art. 40.1 LOTC debemos declarar que el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) también reclama que –en el asunto que nos ocupa– esta declaración de inconstitucionalidad sólo sea eficaz pro futuro, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme. En efecto, al igual que dijimos en las SSTC 45/1989, de 20 de febrero (FJ 11), 180/2000, de 29 de junio (FJ 7), sobre la Ley riojana 2/1993, de presupuestos, y 289/2000, de 30 de noviembre (FJ 7), sobre Ley balear reguladora del impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente, entre otras, el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) reclama la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas; no sólo las decididas con fuerza de cosa juzgada, sino también las situaciones administrativas firmes. Esta conclusión se refuerza si se tiene en cuenta, además, que dotar de eficacia ex tunc a nuestra declaración de nulidad distorsionaría gravemente la actividad de gestión urbanística desarrollada al amparo de la norma que se declara inconstitucional, tanto por los Municipios vascos como por los particulares, trascendiendo, incluso, las previsibles consecuen-

<sup>43</sup> En su fundamento jurídico 8º.

cias económicas adversas que la revisión de las cesiones obligatorias ya firmes supondrían para los Municipios, con el consiguiente riesgo de quiebra del principio de suficiencia financiera de las Haciendas locales a que se refiere el art. 142 CE». (F.J. 9º)

Resulta significativo que el Tribunal Constitucional haga una referencia expresa a la suficiencia financiera de las Administraciones locales como argumento para negarle retroactividad a su fallo. Esta preocupación está también presente en los asuntos que comentamos. De prosperar todas las reclamaciones de responsabilidad interpuestas, dado su abultado volumen, se podría causar un grave quebranto a las arcas del Ayuntamiento de Sevilla de no correr la Junta de Andalucía con las indemnizaciones.

Sin embargo, creemos que no se debe extraer una conclusión apresurada de esta doctrina constitucional. La STC 54/2002, de 27 de febrero, sólo está proclamando la permanencia de las actuaciones administrativas llevadas a cabo por los Ayuntamientos vascos en aplicación del precepto inconstitucional, pero no se pronuncia en absoluto, ni por lo tanto prejuzga, la posibilidad de exigir responsabilidad por los daños derivados de la aplicación de la ley nula. Responsabilidad que, de existir, habría de imputarse al órgano que aprobó la disposición anulada, esto es, al Parlamento vasco.

Lo correcto, a nuestro juicio, es lo que hizo el Tribunal Supremo cuando resolvió los recursos sobre las reclamaciones de responsabilidad planteadas con ocasión de la anulación de la tasa fiscal sobre juegos de suerte, envite o azar para el año 1990 establecida por el artículo 38.Dos.2 de la Ley 5/1990, marcando una clara separación entre los efectos de una sentencia constitucional que anula una ley y la indemnización de los daños que haya causado su aplicación. De este modo, en su sentencia de 29 de febrero de 2000<sup>44</sup> afirmó con rotundidad la autonomía de la acción de responsabilidad por leyes inconstitucionales porque

«... por definición, la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado, el cual no podía ser establecido

<sup>44</sup> Ar. 2.750. Hacemos un relato más extenso de este asunto en nuestro *La indemnización de los daños y perjuicios producidos por una ley inconstitucional...*, *op. cit.*, págs. 162 y ss.

«*a priori*» en su texto. Existe, en efecto, una notable tendencia en la doctrina y en el derecho comparado a admitir que, declarada inconstitucional una ley, puede generar un pronunciamiento de responsabilidad patrimonial cuando aquella ocasiona privación o lesión de bienes, derechos o intereses jurídicos protegibles.» (F.j. 4º)

También rechaza, en el fundamento jurídico siguiente, que la previa impugnación de las liquidaciones tributarias, desestimadas por sentencias firmes, constituyan ningún obstáculo para el reconocimiento de indemnizaciones ya que

«... la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia. El resarcimiento del perjuicio causado por el poder legislativo no implica dejar sin efecto la confirmación de la autoliquidación practicada, que sigue manteniendo todos sus efectos, sino el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable, producido por el abono de unas cantidades que resultaron ser indebidas por estar fundado aquél en la directa aplicación por los órganos administrativos encargados de la gestión tributaria de una disposición legal de carácter inconstitucional no consentida por interesados.»

Este criterio, al margen del desafortunado requisito que recoge la coletilla final del párrafo que pretendía exigir una oposición del perjudicado a la aplicación de la ley inconstitucional y que más tarde sería depurado por el propio Tribunal Supremo<sup>45</sup>, sería acogido por la sentencia de 12 de febrero de 2002 del Tribunal de Justicia de Andalucía para rechazar la causa de inadmisibilidad del recurso alegada por las dos Administraciones codemandadas, la existencia de cosa juzgada en la medida de que el recurrente había interpuesto anteriormente un recurso contencioso-administrativo contra la negativa municipal a devolver las cantidades abonadas, que había sido desestimado por sentencia firme. Esta sentencia razona en su fundamento jurídico 2º que

«... en el recurso 999/1998 de la Sección cuarta de esta Sala, se instaba la devolución de 468.017 pesetas más intereses por ingreso indebido, en el presente se ejercita una acción de responsabilidad patrimonial, por lo que la causa de pedir difiere claramente aunque dos partes sean las mismas no así la Consejería demandada en este procedimiento».

<sup>45</sup> En su posterior STS de 13 de junio de 2000 (Ar. 5.939).

Porque lo que mantiene la entidad recurrente es que

«... por aplicación de los artículos relativos a la reparcelación discontinua de la Revisión del Plan General de Ordenación urbana de Sevilla, cuya nulidad ha sido declarada por sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1998, el Ayuntamiento de Sevilla le cobró coactivamente 3.966.942 pesetas, por lo que solicita no la remoción de los actos liquidatorios firmes sino la responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de las normas reglamentarias».

De la otra causa de inadmisibilidad parcial alegada por la Junta de Andalucía en este recurso contencioso-administrativo, su falta de legitimación pasiva, nos vamos a ocupar más adelante.

## 2. La antijuridicidad de los daños patrimoniales derivados de la ejecución de un plan ilegal

Pero el verdadero fondo de estos recursos radicaba en determinar si los daños alegados por los recurrentes, los pagos realizados en concepto de reparcelación discontinua para poder edificar en suelo urbano, se pueden, calificar, una vez declarado nulo el PGOU que los previó, como antijurídicos.

El razonamiento seguido por las dos primeras sentencias desestimatorias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 9 de enero y 6 de febrero de 2002 no puede ser más ambiguo y alambicado. Comienza diciendo, de forma poco clara, en los fundamentos jurídicos terceros idénticos que

«... en primer lugar, la existencia de un daño, como una consolidada doctrina jurisprudencial ha perfilado, requiere la existencia de una lesión resarcible; lesión resarcible constituye un concepto técnico-jurídico no equivalente al de daño económico o simple detrimento patrimonial. La lesión resarcible se produce cuando el daño patrimonial existente es objetivamente antijurídico. No es, por ello el aspecto subjetivo de una actuación antijurídica de la Administración lo que determina el nacimiento de la obligación de indemnizar, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio en el sentido de que los administrados no estén obligados a soportarlo. Ya el antiguo art. 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado aclaraba que la "simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales contenciosos de las resoluciones administrativas no presupone derecho a indemnización". La lectura constitucional que de los requisitos exigibles nos hace el art. 106.2

de la Constitución, permite concluir que la responsabilidad por anulación se debe enmarcar en el régimen normal regulador de la responsabilidad de la Administración Pública, sin que la ilegalidad de un acuerdo comporte automáticamente la responsabilidad por ser la anulación cuestión independiente de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. No resulta por todo ello decisivo y determinante, como pretende la actora, hacer girar la responsabilidad preconizada sobre la anulación de las normas del PGOU reguladoras de la reparcelación discontinua y los porcentajes de cesión previstos, por sentencia del Tribunal Supremo, puesto que ello supone introducir un matiz subjetivo que carece de relieve en nuestro sistema objetivo de responsabilidad de las Administrativas Públicas».

Afirmaciones que le llevan a concluir a esta Sección que

«en el caso presente, no concurre uno de los requisitos exigidos, cual es el de la lesión resarcible, puesto que como se hizo notar esta sólo se produce, por mor de nuestro sistema objetivo de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, cuando el daño patrimonial existente es objetivamente antijurídico, lo que, desde luego, no acontece en el presente caso, puesto que la entrega de la suma reclamada se hizo en el legítimo y correcto ejercicio y aplicación de la normativa vigente en dicho momento, al punto que así fue expresamente reconocido por sentencia firme de esta Sala».

No compartimos esta argumentación jurídica. Aparte del marcado tono manualístico que tiene, estas sentencias confunden lo que es una petición de responsabilidad por los daños causados por un reglamento nulo con un supuesto de responsabilidad derivada de la actuación culposa o dolosa de la Administración. En estos asuntos no se está ventilando si el Ayuntamiento de Sevilla aplicó correctamente la figura de la reparcelación discontinua a los recurrentes a los efectos de su indemnización, sino algo completamente distinto. Lo que se le pedía era que declarase como responsables solidarios a esta Corporación y a la Junta de Andalucía, que fueron los entes que promovieron y aprobaron la entrada en vigor de la Revisión del PGOU sevillano de 1.987, por los daños que causó a los recurrentes su aplicación.

La antijuridicidad de estos daños no tiene nada que ver con el hecho, destacado por estas sentencias como causa de la desestimación de los recursos, de que el Ayuntamiento hispalense hubiese desplegado una actuación impecable, de acuerdo con la normativa vigente, cuando les cobró a los recurrentes

las liquidaciones en concepto de reparcelación discontinua. Pero sobre todo llama la atención que en estas resoluciones judiciales no se hiciera la más mínima mención a las sentencias del Tribunal Supremo del año 2.000 que han reconocido, con una gran amplitud, la existencia de responsabilidad del Estado por los daños causados por la aplicación de leyes inconstitucionales con independencia de la permanencia de sus actos de aplicación.

Todo lo contrario de lo que hace la posterior sentencia de la Sección primera de este Tribunal, de 12 de febrero de 2.002, que, después de citar extensamente esta jurisprudencia, la resume señalando que

«... el Tribunal Supremo reconoce pues el derecho de los particulares a ser indemnizados por los perjuicios causados en aplicación de una Ley declarada inconstitucional, aún cuando no se puedan revisar los actos firmes, dado que no se trata de revocar los mismos sino de obtener una reparación por unos daños causados por una norma inconstitucional, considerando dichos daños antijurídicos, no teniendo que ser soportados por los particulares. En el caso de la sentencia comentada [**en alusión a una de 7 de abril de 2001**], existía incluso cosa juzgada al haber sido desestimados los recursos jurisdiccionales interpuestos contra las liquidaciones, afirmándose que la reclamación de responsabilidad patrimonial era la única vía que quedaba a los administrados, pero expresamente reconoce la posibilidad de acudir directamente a esta vía sin necesidad de instar la declaración de nulidad en vía administrativa. Por su parte en la sentencia de 13 de junio de 2000, el recurrente no había recurrido las liquidaciones dejándolas firmes en vía administrativa y el Alto Tribunal reconoció igualmente la indemnización». (F.J. 3º)

Y no duda en declarar que esta novedosa jurisprudencia resulta

«... aplicable al caso de autos, pues las liquidaciones abonadas por la reparcelación, fueron exigidas en virtud de una disposición general declarada nula por el Tribunal Supremo, de modo que causaron al recurrente unos perjuicios antijurídicos, por lo que al quedar firmes las liquidaciones en vía administrativa, es esta la única forma que tiene de resarcirse de los daños causados por las Administraciones por el incorrecto uso de su potestad reglamentaria, por lo que el recurso ha de ser estimado».

La valoración de esta sentencia no puede ser más positiva. Sin perjuicio de que en el futuro se deba concretar más jurisprudencialmente cuándo los

daños causados por la aplicación de un reglamento ilegal son antijurídicos y cuando no, porque no todos van a poder ser indemnizados de manera automática; lo cierto es que la sentencia constituye un paradigma de sencillez, de rigor jurídico y de manejo de la última jurisprudencia aparte de que, sin duda, ha resuelto el litigio de acuerdo con un elemental criterio de Justicia material.

No se puede decir, sin embargo, lo mismo de la actuación de la Sala de lo contencioso-administrativo, con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Porque, ¿cómo se puede explicar que unos asuntos idénticos tengan soluciones tan dispares? Desde luego la independencia judicial no justifica esta falta de uniformidad que se produce, además, dentro de un mismo órgano judicial. Lo que no puede causar más que consternación en los justiciables.

En un asunto de tanta relevancia se debería haber hecho uso de la facultad prevista en el artículo 197 de la Ley orgánica del Poder judicial que dispone que «..., podrán ser llamados, para forma Sala, todos los Magistrados que la componen, aunque la ley no lo exija, cuando el presidente, o la mayoría de aquéllos, lo estime necesario para la administración de justicia». A través de esta iniciativa se podría haber evitado una situación tan censurable como ésta y sobre todo que se dé la circunstancia, que desde luego tiene que ser anómala, de que se hayan ya preparado recursos de casación para la unificación de doctrina frente a sentencias de una misma Sala de lo contencioso-administrativo, como ya se ha hecho. Lo que a la postre determina que la resolución definitiva de estos reclamos de responsabilidad queden aplazadas nuevamente hasta que se resuelvan estos recursos.

### 3. La condena solidaria del Ayuntamiento de Sevilla y de la Junta de Andalucía a indemnizar los daños producidos por un PGOU nulo

Algo que, a primera vista, puede resultar llamativo de la sentencia de 12 de febrero de 2002 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que estima el recurso es que condena, en su parte dispositiva, de una manera solidaria al Ayuntamiento de Sevilla y a la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía (sic) a pagar la indemnización otorgada.

Ya en su contestación a la demanda la Junta de Andalucía trató de apartarse del recurso alegando su falta de legitimación pasiva por cuanto las actuaciones administrativas que directamente habían causado el daño habían sido dictadas exclusivamente por el Ayuntamiento de Sevilla. Como señala esta sentencia en su fundamento jurídico segundo

«..., dada la acción ejercitada, responsabilidad patrimonial por nulidad de una norma Reglamentaria y aprobada por la Consejería, la legitimación pasiva de ésta es obvia».

Es más la imputación de responsabilidad a la Administración autonómica, que deriva de las singulares funciones de tutela que realiza respecto del planeamiento urbanístico, constituye una prueba palmaria de que lo que se estaba sometiendo a la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía era una auténtica acción de responsabilidad por normas nulas.

La duda que nos queda es si esta sentencia, a la luz de lo que dispone el artículo 140.2 de la Ley 30/1992<sup>46</sup>, no debería ya haber establecido el porcentaje concreto de responsabilidad que correspondía al Ayuntamiento de Sevilla y a la Junta de Andalucía respectivamente. Porque parece claro que cuando se reclamó la responsabilidad estaban claramente establecidos la competencia, los intereses públicos en juego y la intervención que estas dos Administraciones habían tenido en la aprobación del PGOU. Si se hubiese hecho así se hubiera facilitado, sin duda, a los recurrentes el cobro de las indemnizaciones, que ya de por sí se aventura difícil, y se hubiera abortado desde el principio el ejercicio de acciones de regreso entre estas Administraciones, cuando cualquiera de ellas asumiese el pago de las indemnizaciones. Esta circunstancia, que sea una de las dos Administraciones la que asuma en solitario el pago de las indemnizaciones y el correspondiente ejercicio de acciones de regreso, va a acabar inevitablemente generando nuevos litigios que engrosarán el ya de por sí desorbitado número de recursos contencioso-administrativos que penden ante el Tribunal de Justicia de Andalucía y que, en muchos casos, no son más que simples secuelas de otros anteriores que no han sido resueltos satisfactoriamente.

La cuantía de la indemnización coincide en esta ocasión con las cantidades que fueron abonadas indebidamente por la entidad recurrente como condición para obtener la licencia de obras en sus terrenos de naturaleza de suelo urbano, importe al que habrá que sumarle, en virtud del principio de indemnidad, los intereses legales que se hayan devengados desde que el día en que fueron ingresados.

<sup>46</sup> Este precepto establece que «en otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación».

## V. CONCLUSIONES

La Sala de lo contencioso-administrativo, con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ha dictado, a principios del año 2002, una serie de sentencias contradictorias que se han pronunciado sobre la indemnización de los daños causados a los propietarios de suelo urbano en el Municipio de Sevilla que se vieron obligados a abonar unas cantidades de dinero, impuesta por la Revisión del PGOU de esta ciudad de 1987 que después fue anulada en este aspecto por la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1998, para poder obtener la correspondiente licencia de obras. Las Administraciones codemandadas eran el Ayuntamiento de Sevilla, que promovió esta Revisión, y la Junta de Andalucía, a través de su Consejería de Obras Públicas y Transportes, que le dio la aprobación definitiva.

Las dos primeras sentencias de su Sección segunda, de 9 de enero y de 6 de febrero desestimaron estos recursos basándose, por un lado, en que las liquidaciones efectuadas en concepto de reparcelación económica discontinua habían devenido firmes y, por lo tanto, no podía revisarse aunque posteriormente hubiesen sido anuladas las Normas urbanísticas que le daban cobertura como sostiene una sólida jurisprudencia; y, por otra parte, en que cuando se giraron, el Ayuntamiento de Sevilla había actuado respetando la normativa entonces vigente por lo que los daños no podían calificarse de antijurídicos. De este modo, ignora que lo que se estaba ventilando, en realidad, era una acción de indemnización por los daños causados por la aplicación de un PGOU nulo dirigidas contra las Administraciones que fueron responsables de su aprobación y no una acción de responsabilidad por la actuación municipal que impuso estos pagos.

Por el contrario la sentencia de 12 de febrero de 2002 de su Sección primera, actuando sin reservas mentales, estima el recurso y condena solidariamente a las dos Administraciones codemandadas apoyándose, de una manera expresa, en la novedosa doctrina del Tribunal Supremo sobre los denominados ilícitos legislativos. Se trata de una resolución judicial que extiende al ámbito de los Planes de urbanismo la garantía de la responsabilidad dimanante de normas nulas. La única objeción que se le puede hacer es no haber concretado el porcentaje de la indemnización que correspondía al Ayuntamiento de Sevilla y a la Junta de Andalucía respectivamente, dado que se encontraban establecidos con claridad la competencia, los intereses públicos en juego y la intervención que había tenido estas dos Administraciones previsto, tal y como prevé el artículo 140.2 de la Ley 30/1992, lo que habría facilitado su ejecución, por otra parte nada sencilla, y allanado una más que previsible litigiosidad interadministrativa de cara al futuro.

Ahora bien, la valoración positiva que merece esta última sentencia no puede ocultar el espectáculo censurable que ha ofrecido esta Sala que no ha sido capaz de dar una respuesta uniforme a unos recursos que afectaban a una materia de gran relevancia tanto jurídica como económica, cuando, además, estaba en sus manos la posibilidad de conseguirlo por la sencilla vía de dictar una sentencia de su pleno. En lugar de zanjar, de una vez por todas y en el sentido que sea, la cuestión de la reparcelación económica discontinua, impuesta ilegalmente por el PGOU de Sevilla, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ha provocado la preparación de recursos para la unificación doctrina frente a sus propias sentencias lo que va a hacer que se demore todavía más en el tiempo una ansiada, por todos, solución judicial definitiva a este polémico asunto.

## ADDENDA

Cuando se estaba realizando la corrección de las pruebas de imprenta del presente comentario se ha conocido la sentencia dictada por el Pleno de la Sala de lo contencioso-administrativo, con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 11 de junio de 2002, que resuelve el recurso nº 252/01 también relativo a la exigencia de responsabilidad por la anulación de la figura de las reparcelaciones discontinuas en la revisión del PGOU de Sevilla. Dada la relevancia que tiene este fallo hemos decidido incorporar una breve referencia al mismo.

La finalidad declarada de esta iniciativa tomada por la Sala es la de unificar su doctrina en torno a esta cuestión. De esta manera señala en su fundamento jurídico cuarto que

«Ya se ha indicado que esta Sala, a través de sus Secciones 1ª y 2ª, ha dictado, varias sentencias sobre supuestos en la que constituía una identidad sustancial con el presente recurso, sentencias, de una y otra sección, que entran en abierta discrepancia. Por tanto, con la presente sentencia no se cambia de criterio, sino que simplemente se pretende corregir la citada -discrepancia; lo que hace conveniente que se entre, aunque *obiter dicta*, sobre cuestiones que no planteadas por las partes, se antojan necesarias para un más completo examen de la cuestión que se ventila».

En cuanto al fondo del asunto lo primero que hace el Pleno es abordar la posible aplicación al asunto de las reparcelaciones discontinuas de la reciente



jurisprudencia sobre responsabilidad por leyes inconstitucionales que las dos primeras sentencias desestimatorias habían silenciado por completo. Siguiendo una argumentación que nos parece francamente desafortunada sostiene que no resulta aplicable porque, a diferencia de las leyes que son irrecurribles para los particulares, las normas reglamentarias se pueden impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa. De esta forma afirma, en un párrafo que se comenta por sí solo, que

«...los supuestos contemplados en las referidas sentencias y el que en particular es objeto del presente difieren sustancialmente, no en el sentido de que en uno y otro caso ha de exigirse los requisitos expresados, sino que en los supuestos que resuelve el Tribunal Supremo se parte de una declaración de inconstitucionalidad de una ley, lo que determina que para evitar el daño que le causaba la aplicación de una ley, posteriormente declarada inconstitucional, fuera prácticamente imposible a través de los cauces procedimentales legalmente predeterminados reaccionar contra los actos ilegales de la Administración, así se declara que "en nuestro sistema legal, quienes han tenido que satisfacer el gravamen complementario, impuesto por el precepto declarado inconstitucional, después de haber impugnado en vía administrativa en sede jurisdiccional dicho gravamen obteniendo sentencia firme que lo declara conforme a derecho, no tienen otra alternativa, en virtud de lo dispuesto por el artículo 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, que ejercitar una acción por responsabilidad patrimonial, derivada del acto del legislador, dentro del plazo fijado por la ley... Si no se hubieran impugnado jurisdiccionalmente, como en este caso, las liquidaciones de dicho gravamen complementario, el interesado tiene a su alcance la vía de pedir, en cualquier momento, la revisión de tal acto nulo de pleno derecho, como prevé el mencionado artículo 102 de la Ley de Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y, simultánea o sucesivamente, de no tener éxito dicha revisión, está legitimado para exigir responsabilidad patrimonial derivada de actos del legislador; pero también puede utilizar directamente, como ha procedido, esta acción, ya que no cabe imponer a quien ha sufrido un daño antijurídico la vía previa de la revisión de disposiciones y actos nulos de pleno derecho, a fin de dejarlos sin efecto, y sólo subsidiariamente permitirle demandar la reparación o indemnización compensatoria por responsabilidad patrimonial, cuando son las propias Administraciones quienes deben proceder, a declarar de oficio la nulidad de pleno derecho de tales disposiciones o actos y el ciudadano descansa en la confianza legítima de que la actuación de los poderes públicos

se ajusta a la Constitución ya las leyes". Con lo que la acción de responsabilidad patrimonial, en dichos casos, -se convierte prácticamente en la única garantía para el ciudadano de evitar el perjuicio antijurídico en la aplicación de una ley inconstitucional, enlazando directamente la acción de responsabilidad con el principio de Justicia.

En el caso que nos ocupa, no se dan las consideraciones vistas. Mientras que en el caso de los actos de aplicación de una ley vigente y aplicable, la reacción y el control judicial, en su caso, resulta inútil; en el caso en concreto que nos ocupa, la actora ha tenido a su alcance, por los cauces naturales dispuestos legalmente al efecto, la facultad de impugnar las Normas del PGOU, que no hizo, los actos de ejecución o aplicación del mismo que le afectaban, lo que no hizo, o incluso, la devolución de ingresos indebidos, lo que no hizo. La acción de responsabilidad patrimonial ni puede sustituir a ninguna de las referidas acciones ni procedimientos y sus consecuencias, ni a través del mismo cabe subvertir el sistema, como tal estructurado armónicamente, en el que la responsabilidad patrimonial de la Administración posee sustantividad propia y para dar respuesta a toda lesión que sufran los administrados en cualquiera de sus bienes siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, y no para revisar actuaciones administrativas o restablecer situaciones jurídicas, que como decimos encuentra dentro del sistema su vía adecuada a través de los procedimientos dispuestos al efecto y las potestades otorgadas a cada órgano para entender, enjuiciar y resolver las referidas actuaciones». (F.J. Séptimo)

No podemos compartir esta opinión. Resulta desproporcionado que para poder exigir una indemnización, en estos supuestos, se imponga a los particulares la obligación de recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa el reglamento y ejercitar en vía administrativa cuantas acciones puedan existir para evitar o reparar los daños. Al margen de la, a nuestro juicio equivocada, llamada a la litigiosidad a los ciudadanos, se está *blindando* a la Administración frente a cualquier reclamación de responsabilidad frente a la aplicación de reglamentos nulos, que más tarde o más temprano tendrá que corregirse.

Se trata de una carga jurídica que resulta imposible de cumplir. Además, es absurdo que se le obligue al particular, para poder exigir indemnización, recurrir un PGOU cuando en muchos supuestos, teniendo en cuenta que quienes pagaron las liquidaciones en concepto de parcelación discontinua en suelo urbano eran promotores inmobiliarios, en el momento de su aprobación no se era siquiera propietario de los terrenos. Pero sobre todo supone

ignorar la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo con ocasión de la responsabilidad por leyes inconstitucional que consagra la independencia de la indemnización de las actuaciones que hubiera podido realizar, de haberlas, la víctima. Porque precisamente la antijuridicidad del daño nacía con la anulación de la norma. Sin ninguna justificación se pone en peor situación a las víctimas de un reglamento nulo frente a quienes resulten lesionados por la aplicación de una ley inconstitucional, lo que resulta ciertamente paradójico.

Por otra parte, esta doctrina choca abiertamente con la garantía constitucional de la responsabilidad de los poderes públicos del artículo 9.3 de nuestra Constitución en la medida que consagra a la postre una irresponsabilidad de la Administración por los daños derivados de la aplicación de un reglamento nulo. Circunstancia que junto a la infracción de la jurisprudencia mencionada son el terreno abonado para la interposición de un recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Extrañamente, dada la definitividad de esta argumentación, la sentencia contiene otro fundamento jurídico, el octavo, en el que trata de determinar si el daño alegado por la entidad recurrente resultaba antijurídico. Así afirma que

«en el caso presente, no concurre uno de los requisitos exigidos, cual es el de la lesión *v* resarcible, puesto que como se hizo notar esta sólo se produce, por mor de nuestro sistema objetivo de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, cuando el daño patrimonial existente es objetivamente antijurídico, lo que, desde luego, no acontece en el presente caso. Ni de la anulación de la disposición que le sirve de cobertura, ni del pago de la carga reparcelatoria, que en el mejor de los casos podría haber dado lugar a un ingreso indebido, en cuyo caso debió la parte actora instar lo procedente y no acudir al ejercicio de la acción de responsabilidad; deriva que de dicha disposición patrimonial, en cuanto detrimento del patrimonio de la actora, comporte un perjuicio objetivamente antijurídico; ninguno de aquellos factores, pues, son determinantes para la declaración que se solicita. y ya avanzamos con anterioridad que no es posible obviar el ámbito en el que se produce el ingreso, en una actuación-urbanística, en ejecución del planeamiento, en el que rige el principio de equidistribución de beneficios y cargas, equilibrio patrimonial entre unos y otras, que crea un vínculo de proporcional irrevocable, la alteración de estas suponen indefectiblemente la alteración de aquellos y viceversa, y el planeamiento, como no puede ser menos, ya desde la ley de 1956 rige el principio de justa dis-

tribución de beneficios y cargas, debe de responder a dicho esquema, de suerte que una alteración del mismo por la nulidad de normas de imposición de cargas incide sustancialmente en todo el sistema de equidistribución. Esto es, en principio, si obtuvo determinados beneficios sólo fue posible por soportar determinadas cargas; por lo que el carácter antijurídico del perjuicio no puede mantenerse por el mero hecho del ingreso de la carga reparcelatoria, aún la ilegalidad de las determinaciones del PGOU. Ante ello resultaba absolutamente indispensable que la actora fundara y justificara la producción del daño objetivamente antijurídico, lo que de modo alguno hace, puesto que como se ha indicado, el mero ingreso de la carga reparcelatoria, sin más, no determina la lesión antijurídica, presupuesto indispensable para que prospere la acción de responsabilidad».

Sin entrar a valorar, por razones de tiempo, esta concreta opinión, pensamos la vía de fijarse en la antijuridicidad de los daños es la única posible en materia de responsabilidad por reglamentos nulos. Porque para que proceda la responsabilidad en estos casos es irrelevante que el reglamento o su aplicación puedan ser recurridos, lo que hay que hacer es detenerse en la naturaleza de los daños sufridos. Un criterio material, que ya hemos propuesto en otro lugar, podría ser el de considerar solamente indemnizables las lesiones que se produzcan en el contenido patrimonial de los derechos de los particulares, lesionados por una norma reglamentaria nula, que se encuentren protegidos por una ley. Se trata de una mera propuesta doctrinal, tan válida como cualquier otra, con la que se dotaría de virtualidad a la figura de la responsabilidad por reglamentos nulos. La última palabra, como no puede ser de otra forma en un Estado de Derecho, la tienen los Tribunales de Justicia; en concreto después de esta sentencia del Pleno de la Sala de lo contencioso-administrativo, con sede en Sevilla, la Sala Tercera del Tribunal Supremo cuyo pronunciamiento se va hacer esperar con verdadera ansiedad.