

LA INDEMNIZACIÓN POR ANULACIÓN DE TÍTULO HABILITANTE EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SUELO Y REHABILITACIÓN URBANA: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE SU NATURALEZA, NACIMIENTO Y CUANTIFICACIÓN

MARÍA ASTRID MUÑOZ GUIJOSA
Universidad Complutense

Cómo citar/Citation

Muñoz Guijosa, M. A. (2018).
La indemnización por anulación de título habilitante en el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana: algunas reflexiones sobre su naturaleza, nacimiento y cuantificación.
Revista de Administración Pública, 207, 209-249.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.207.08>

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de uno de los supuestos indemnizatorios recogidos en el art. 48 d) TRLSRU, la anulación de título habilitante. Se analizan las tres fundamentales cuestiones que, estrechamente relacionadas entre sí, plantean dificultades aplicativas. En concreto, se reflexiona sobre la naturaleza jurídica del supuesto indemnizatorio, de carácter resarcitorio, por comparación con el resto de supuestos del citado precepto, de naturaleza expropiatoria. Se analizan los requisitos a que, en consecuencia, se sujeta el nacimiento del derecho a la obtención de la indemnización, y especialmente la antijuridicidad, con crítica de la doctrina del margen de tolerancia, y la efectividad del daño, con alusión a los supuestos de anulación por causa de la previa declaración de nulidad del plan de cobertura. Y se examina, en fin, la traducción de lo anterior a efectos de cuantificación de la indem-

nización, en la que se considera debe incluirse la frustración de la inversión realizada por el sujeto lesionado.

Palabras clave

Indemnización; anulación de licencia; urbanismo; responsabilidad patrimonial.

Abstract

This paper focuses on compensation for annulment of license, as amended in art. 48 TRLSRU, analyzing three fundamental issues, both por theoretical and practical purposes. Specific, the liability –non expropriatory- nature of this kind of compensation separates it from other cases included in mentioned art. 48 TRLSRU, and leads to a different way of assesing compensation. Unlawful and effective damage are also analyzed as must-meet conditions, criticizing so called “allowance margin” case law theory. Finally, assesing of compensation is examined, concluding it must include the frustration of investment made by relying on the annuled license.

Keywords

Compensation; annulment of license; town planning; action for damages.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. LA HETEROGENEIDAD DE LOS SUPUESTOS DEL ART. 48 TRLSRU: 1. La progresiva unificación normativa de los supuestos indemnizatorios. 2. Trascendencia aplicativa. II. LA ANULACIÓN DE TÍTULO HABILITANTE COMO SUPUESTO INDEMNIZATORIO DE CARÁCTER RESARCITORIO: 1. La «raíz expropiatoria». 2. La raíz resarcitoria. III. EL NACIMIENTO DEL DERECHO A LA OBTENCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN: 1. La antijuridicidad del daño: la doctrina del margen de tolerancia: 1.1. *La doctrina del margen de tolerancia: fundamentación jurídica.* 1.2. *Crítica: canon de ilegalidad vs. canon de antijuridicidad.* 1.3. *Margen de tolerancia e indemnización por anulación de título habilitante.* 2. La efectividad del daño. El problema de la causa de la anulación: 2.1. *La causa de la anulación del título.* 2.2. *La naturaleza del daño producido por la anulación.* IV. LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO: EL CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN: 1. La vinculación de la naturaleza jurídica del supuesto indemnizatorio y el cálculo de la indemnización. 2. Cálculo de la indemnización y principio de indemnidad. La pérdida de oportunidad: 2.1. *Anulación de título habilitante y principio de indemnidad.* 2.2. *Pérdida de oportunidad y cuantificación de la indemnización.*

I. INTRODUCCIÓN. LA HETEROGENEIDAD DE LOS SUPUESTOS DEL ART. 48 TRLSRU

1. LA PROGRESIVA UNIFICACIÓN NORMATIVA DE LOS SUPUESTOS INDEMNIZATORIOS

El art. 48 del vigente texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, en adelante TRLSRU) recoge bajo la denominación «supuestos indemnizatorios» un conjunto heterogéneo de supuestos cuyo común denominador se localiza en que originan el derecho a la obtención de indemnización, difiriendo, sin embargo, su razón de ser, y por tanto su naturaleza y operatividad.

Como es sabido, fue la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo (LS/2007) la que en su art. 30 recogió, unificándolos en un único precepto, los supuestos

incluidos hasta entonces en el título V (arts. 41 a 44) de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen de Suelo y Valoraciones (LRSV), y previamente en el título V, capítulo VI (arts. 237 a 241) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, en adelante TRLS/1992). Precepto aquel de la LS/2007 que se convertiría en el antiguo art. 35 del texto refundido de la Ley de Suelo de 2008 (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en adelante TRLS/2008), y posteriormente en el vigente art. 48 TRLSRU, ya mencionado.

Retrocediendo algo más en la línea evolutiva de la normativa estatal sobre suelo, representada por el texto refundido de la Ley del Suelo de 1976 (Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, en adelante TR/1976), y previamente por la Ley de 12 de mayo de 1956, de Suelo (LS/1956), es perceptible la progresiva tendencia legislativa hacia la unificación de los supuestos indemnizatorios, habida cuenta de que originariamente no se reservaba a estos, no ya un único precepto en la ley correspondiente, sino tampoco título o capítulo separado en la misma. Esta tendencia a la unificación, con toda probabilidad encaminada loablemente a la mejora técnica y sistemática de ley¹, acarrea, sin embargo, el riesgo del olvido del distinto origen y razón de ser de cada supuesto indemnizatorio, ocasionando —como así ha sucedido en no pocas ocasiones, según se expone en las páginas que siguen— problemas de tipo interpretativo y aplicativo.

Lo que acaba de decirse es especialmente perceptible en relación con el supuesto que es objeto del presente estudio, la indemnización por anulación de título habilitante, incluida hoy en el apdo. d) del art. 48 TRLSRU, que dispone:

Dan lugar en todo caso a derecho de indemnización las lesiones en los bienes y derechos que resulten de los siguientes supuestos: [...]

¹ Parejo Alfonso y Roger Fernández ponen de manifiesto en relación con la regulación normativa de los supuestos indemnizatorios, el propósito del entonces TRLS/2008 de «sistematización, clarificación y mejora técnica de los establecidos tradicionalmente en nuestro Derecho urbanístico» (*Comentarios a la Ley de Suelo. Texto conforme a la Ley 8/2013 y la STC 141/2014*), Tirant lo Blanch, 2014, pág. 501). El problema, como se tendrá ocasión de comprobar más adelante, es el hecho de que ello se realice «a título, tras la Constitución, de especificación para la materia de ordenación territorial y urbanística —dada su importancia— del sistema general de responsabilidad de las Administraciones públicas», toda vez que no parece posible hablar de una idéntica naturaleza resarcitoria y en todos y cada uno de los supuestos recogidos en el hoy art. 48 TRLSRU.

d) La anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado.

Más allá de la extensión de este supuesto indemnizatorio a los «títulos administrativos habilitantes de obras y actividades», por relación con su anterior circunscripción a las licencias², el apartado transcrito viene a recoger —a salvo las puntualizaciones que posteriormente se realizarán— lo dispuesto en el art. 44.2 LRSV, y previamente en el art. 240 TR/1992, preceptos ambos incluidos en el correspondiente título o capítulo relativo a supuestos indemnizatorios, según ha sido ya dicho.

La ubicación sistemática, sin embargo, de este mismo supuesto, no resultaba ser la misma en las leyes precedentes. En efecto, el precedente en la LS/1956 se localiza en el art. 172, incluido en el título IV, relativo al «ejercicio de las facultades relativas al uso y edificación del suelo», y dentro de él, en el capítulo dedicado a la «intervención en la edificación y uso del suelo». De acuerdo con el citado precepto:

1. Cuando se comprobare que la licencia u orden de ejecución de las obras hubiere sido otorgada erróneamente, la Corporación o Autoridad competente podrá anularla y disponer lo que previenen los dos artículos anteriores.
2. En este caso deberá indemnizar los daños que se causaren al titular de la autorización o receptor de la orden, y satisfacerlos en el plazo de tres meses a contar de la adopción del acuerdo de suspensión.

Esta misma línea se mantendría en el TR/1976, que recogió en el art. 187, incluido asimismo en el capítulo relativo a la «intervención en la edificación y uso del suelo», el deber de revisión de las licencias «cuyo contenido constituya manifiestamente alguna de las infracciones urbanísticas graves definidas en esta Ley», procediendo a la demolición de las obras realizadas, «todo ello sin perjuicio de las responsabilidades que sean exigibles conforme a lo dispuesto en esta Ley». Y añadiéndose en el art. 232 del mismo texto que:

La procedencia de indemnización por causa de anulación de una licencia en vía administrativa o contencioso-administrativa se determinará conforme a las normas que regulan con carácter general la responsabilidad de la Admi-

² Lo que ha sido puesto de manifiesto por la doctrina. Véase, por ejemplo, en este sentido, J. M. Díaz Lema (2008), *Nuevo Derecho del Suelo. Comentarios a la Leu 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo*, Marcial Pons, pág. 294.

nistración. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado.

Preceptos estos de la LS/1956 y TR/1976 alejados conceptual y sistemáticamente de los arts. 70 y 87, respectivamente, donde se recogía (dentro del título dedicado al «régimen urbanístico del suelo») el principio general de improcedencia de indemnización por ordenación del uso de los terrenos, estableciéndose las excepciones a dicho principio. Unas excepciones, que en el caso del art. 87 TR/1976 constituyen el precedente de los demás supuestos indemnizatorios recogidos hoy en el art. 48 TRLSRU³.

2. TRASCENDENCIA APLICATIVA

Con lo expuesto hasta el momento se pretende llamar la atención sobre el distinto origen de los supuestos indemnizatorios del art. 48 TRLSRU, y en especial del que es objeto de este estudio, la anulación de título habilitante. Sin que proceda a efectos de este trabajo el análisis concreto de cada uno de los supuestos recogidos en aquel precepto, sí es necesario subrayar el hecho de que el referido distinto origen es significativo de la diferente configuración del supuesto, y por tanto de su concreta operatividad. La unificación de todos los

³ El art. 87 TR/1976 contiene, en efecto, el germen de los supuestos hoy recogidos en el art. 48 TRLSRU, de indemnización por alteración de planeamiento (de la que deriva, en su caso, la extinción de la eficacia de títulos habilitantes por cambio sobrevenido de ordenación), y por vinculación singular, al establecerse en aquél que: «Uno. La ordenación del uso de los terrenos y construcciones enunciada en los artículos precedentes no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización, por implicar meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística. Los afectados tendrán, no obstante, derecho a la distribución equitativa de los beneficios y cargas del planeamiento en los términos previstos en la presente Ley. Dos. La modificación o revisión de la ordenación de los terrenos y construcciones establecida por los Planes Parciales, por los Planes Especiales y por los Programas de Actuación Urbanística sólo podrá dar lugar a indemnización si se produce antes de transcurrir los plazos previstos para la ejecución de los respectivos Planes o Programas, o transcurridos aquéllos si la ejecución no se hubiere llevado a efecto por causas imputables a la Administración. Tres. Las ordenaciones que impusieran vinculaciones o limitaciones singulares que lleven consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo que no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados conferirán derecho a indemnización».

supuestos que originan el derecho a la obtención de indemnización en un único precepto, por tanto, no puede conducir a dispensar igual tratamiento a todos ellos, ni a confundir la específica naturaleza que a cada uno corresponde.

Esto es, sin embargo, lo que en no pocas ocasiones ha ocurrido con el tratamiento dispensado al supuesto de anulación de título habilitante. En efecto, y más allá de la coexistencia de tres modalidades incluidas en el mismo apdo. d) del art. 48 TRLSRU, a saber, anulación del título, demora injustificada en su otorgamiento y denegación improcedente, la concurrencia del primero de estos subsupuestos —objeto del presente trabajo— al lado de otros, y especialmente del supuesto de alteración anticipada de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, hoy en el apdo. a) del mismo precepto, ha llevado en ocasiones a concebir aquel como una suerte de variante o modalidad de este. Y ello tanto más cuando no resulta infrecuente que la anulación del título traiga causa de la previa anulación del plan o instrumento de ordenación que le servía de cobertura⁴.

El referido carácter heterogéneo de los supuestos indemnizatorios recogidos en el art. 48 TRLSRU ha sido puesto de manifiesto en diversas ocasiones por la doctrina. Así, Menéndez Sebastián afirma que no todos aquellos supuestos «pueden reconducirse a la misma hipótesis, es decir, no todos ellos recogen situaciones similares o equiparables»⁵. Y en el mismo sentido, Baño León distingue entre supuestos indemnizatorios de «raíz expropiatoria» y supuestos que responden a la responsabilidad patrimonial administrativa⁶. Y asimismo, Suay Rincón, haciéndose eco de la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en las SSTC 164/2001, de 11 de julio, y 61/1997, de 20 de marzo, se refiere a la posible caracterización de los supuestos indemnizatorios, según los casos, bien como responsabilidad patrimonial o bien como expropiación forzosa. Ahora bien, señala este último autor que el debate relativo a

⁴ En relación con esta última problemática, véase J. Gifreu Font (2017), «Los efectos jurídicos de la anulación del planeamiento urbanístico sobre los actos singulares de aplicación. Especial referencia a los instrumentos de ejecución y títulos administrativos habilitante dictados a su amparo», en G. Soria Martínez y M. Bassols Coma (coords.), *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico*, Aranzadi, págs. 145 y ss.; y A. M. González Sanfiel (2017), «Límites a la declaración de nulidad del planeamiento», en F. López Ramón y F. Villar Rojas (coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, págs. 411 y ss.

⁵ E. Menéndez Sebastián (2007), *Los supuestos indemnizatorios en la Ley 8/2007 de suelo y en la legislación sobre espacios naturales protegidos*, Aranzadi, pág. 146.

⁶ J. M. Baño León (2009), *Derecho Urbanístico Común*, Iustel, págs. 432 y ss., especialmente pág. 451.

esta específica identificación de la naturaleza de cada supuesto indemnizatorio es «ante todo, de carácter doctrinal»⁷. Una afirmación frente a la cual cabe oponer la decisiva trascendencia aplicativa que la distinta caracterización de los supuestos lleva aparejada.

En efecto, la diferente caracterización de los supuestos indemnizatorios se traduce no ya solo en la distinta configuración de los requisitos a que queda sujeto el derecho a la obtención de la indemnización, sino muy especialmente en la decisiva cuestión relativa al cálculo del *quantum* del montante indemnizatorio, que diferirá atendiendo a la naturaleza del supuesto que se esté aplicando. Una divergencia ya apuntada claramente por Baño León, quien afirma que «la diferencia más notable con las indemnizaciones con matiz expropiatorio es que en la responsabilidad administrativa el cálculo de la indemnización no depende del sistema de valoraciones urbanísticas sino del daño o perjuicio causado»⁸.

De esta forma, y por obvio que pueda parecer el hecho de que la indemnización en el instituto resarcitorio se encuentra destinada a la reparación del daño, la evidencia práctica, representada por diversidad de asuntos llegados a sede judicial —de la que se da cuenta en páginas posteriores—, muestra cómo aún hoy sigue existiendo una importante confusión acerca del *quantum* indemnizatorio a percibir por el sujeto lesionado, confusión que en muy buena medida trae causa de la previa confusión relativa a la misma naturaleza del supuesto indemnizatorio aplicado. Y, más aún, incluso en los casos en los que no existen dudas a este último respecto, las dificultades siguen surgiendo en el momento del cálculo de la indemnización.

Y es que de la caracterización jurídica de cada supuesto indemnizatorio no viene a extraerse sino una determinada *correspondencia*, según se verá, entre el apartado de que se trate del actual art. 48 TRLSRU y los arts. 38, 39 y 41 b) del mismo texto legal, esto es, los preceptos relativos a la indemnización de la facultad de participar en actuaciones de nueva urbanización, la indemnización de la iniciativa y promoción de actuaciones de urbanización y edificación, y el régimen residual de valoración⁹.

⁷ J. Suay Rincón (2007), «Responsabilidad patrimonial de la Administración y urbanismo: determinación de los supuestos indemnizatorios y régimen jurídico aplicable (un intento de (re)interpretación de la normativa urbanística a la luz de la normativa general sobre responsabilidad patrimonial de la Administración), *RDU y MA*, 232, pág. 80.

⁸ *Derecho Urbanístico Común*, op. cit., pág. 451.

⁹ Véase *infra* epígrafe 4.

II. LA ANULACIÓN DE TÍTULO HABILITANTE COMO SUPUESTO INDEMNIZATORIO DE CARÁCTER RESARCITORIO

Advertida la coexistencia en el art. 48 TRLSRU de supuestos indemnizatorios de diversa naturaleza, resulta necesaria la identificación de la que específicamente haya de corresponder a la indemnización por anulación de título habilitante, que no viene a ser otra, según ya se ha adelantado, que la naturaleza resarcitoria.

1. LA «RAÍZ EXPROPIATORIA»

Recogiendo la ya referida expresión empleada por Baño León, cabe identificar dentro de los supuestos indemnizatorios aquellos cuya naturaleza viene a ser de matiz o carácter expropiatorio, esto es, los supuestos en los que el acto determinante del nacimiento del derecho a la obtención de indemnización no viene sino a privar al sujeto dañado de algo que ya forma parte de su patrimonio jurídico. Sin que, como se ha dicho, proceda en este momento realizar un análisis exhaustivo de este conjunto de supuestos, sí debe señalarse, por lo que aquí interesa, que presentan una clara raíz expropiatoria los supuestos de alteración anticipada del planeamiento (apdo. a) del art. 48 TRLSRU), así como, en relación con ello, los supuestos de modificación o extinción de la eficacia de los títulos habilitantes por cambio sobrevenido en la ordenación (apdo. c) del mismo precepto).

La indemnización en estos casos, debe insistirse, responde al hecho de que determinada facultad ínsita en el derecho del sujeto dañado resultada privada como consecuencia, bien de la alteración, bien de la modificación o extinción de la eficacia del título¹⁰. Tal es la razón de la tradicional sujeción, por parte de la jurisprudencia, del derecho a la obtención de la indemnización en estos casos a la tan comentada «patrimonialización» del derecho que se

¹⁰ Menéndez Sebastián destaca el carácter expropiatorio de los indicados supuestos indemnizatorios, señalando de manera clara respecto de la alteración del planeamiento que «tiene carácter expropiatorio, ya que se trata de la reducción de verdaderos derechos patrimonializados e incorporados [...] al derecho de propiedad»; y respecto de la extinción de eficacia de títulos habilitantes por cambios en la ordenación urbanística que «de lo que no cabe duda [...] es de que se está ante derechos urbanísticos patrimonializados y consolidados, como lo es, entre otros, el de edificación y también urbanización, y más concretamente ante la privación de los correspondientes títulos administrativos habilitantes, de tal modo que se trata también de una medida de carácter expropiatorio» (*Los supuestos indemnizatorios...*, *op. cit.*, págs. 157 y 160).

pretende sea indemnizado, que no es otro sino el *ius aedificandi*¹¹. Desde la LS/2007, y sin perjuicio de la todavía existencia de pronunciamientos judiciales que siguen recordando la teoría de la necesaria patrimonialización, se prevé la indemnización tanto de la «facultad de participar en actuaciones de nueva urbanización» como de la «iniciativa y promoción de actuaciones de urbanización o de edificación». Facultades que se configuran como integrantes del contenido del derecho del propietario y que, por tanto, caso de *privación* de las mismas, habrán de ser cuantificadas a efectos de indemnización, de conformidad con lo dispuesto en los actuales arts. 38 y 39 TRLSRU¹². La privación de facultades, por tanto, confiere a estos supuestos —más allá del procedimiento a seguir para el ejercicio del derecho a la obtención de la indemnización— el referido carácter expropiatorio¹³.

¹¹ Sobre la exigencia jurisprudencial de la patrimonialización del aprovechamiento, en la que no procede detenerse en este momento, véanse, entre otros, Baño León, *Derecho Urbanístico Común*, op. cit., págs. 432 y ss.; A. Blasco Esteve (2007), «Supuestos indemnizatorios en la Ley de Suelo de 2007», *REALA*, 304, págs. 18 y ss.; A. De la Cruz Mera (2009), «Expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial», en V. Gutiérrez Colomina y A. Cabral González-Sicilia (dirs.), *Estudio del articulado del Texto Refundido de la Ley de Suelo Estatal (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio)*, Aranzadi, pág. 959; G. García-Álvarez García (2007), «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones por actuaciones urbanísticas», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 9, págs. 264 y ss.; T. Mar Bel (1996), «La responsabilidad patrimonial de la Administración por motivos urbanísticos», *RDU y MA*, 147, págs. 77 y ss.; F. Iglesias González (2017), «Responsabilidad patrimonial por nulidad del planeamiento», en G. Soria Martínez y M. Bassols Coma (coords.), *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico*, Aranzadi, págs. 352 y ss.; L. Martín Rebollo (2007), «La responsabilidad local en materia de urbanismo», *Anuario del Gobierno Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Institut de Dret Public, págs. 115 y ss.

¹² Debe recordarse, en todo caso, que la STC 218/2015, de 22 de octubre, declaró inconstitucional y nulo el art. 25.2 a) TRLS\2008 (actual art. 39 TRLSRU), sobre indemnización de la facultad de participar en actuaciones de nueva urbanización, por cuanto la aplicación, según disponía el precepto, del porcentaje de participación de la comunidad en las plusvalías (porcentaje de cesión obligatoria) a la diferencia entre el valor del suelo si estuviese terminada la urbanización y el valor actual «no garantiza en todo caso el proporcional equilibrio que debe existir entre la compensación prevista en la Ley y el contenido real de la facultad de la que se ve privado el propietario».

¹³ El procedimiento que se sigue a efectos de ejercicio del derecho a la obtención de la indemnización es, en efecto, el propio de la responsabilidad patrimonial. Ahora bien, que formalmente se sujete el ejercicio del derecho a este procedimiento no ha de llevar al desconocimiento de que, en el plano material, la desaparición de lo que hoy viene

2. LA RAÍZ RESARCITORIA

Frente a los supuestos que acaban de referirse, la indemnización por anulación de título habilitante presenta naturaleza claramente resarcitoria. Debe recordarse a estos efectos que el título habilitante (licencia) constituye el supuesto típico de autorización administrativa que, sin carácter constitutivo ninguno, se limita a permitir el ejercicio de un derecho (o facultad ínsita en el mismo), previa comprobación de la adecuación del ejercicio pretendido a la normativa de aplicación. Preexistencia del derecho y carácter reglado del título, por tanto, resultan ser los elementos definitorios de la licencia, que remueve los obstáculos a efectos de ejercicio del derecho. Unos elementos que han sido puestos de manifiesto en numerosas ocasiones por doctrina¹⁴ y jurisprudencia. A modo de ejemplo —entre tantos otros— en la Sentencia de

a denominarse «facultad de participar en actuaciones de nueva urbanización», o bien «iniciativa y promoción», ínsitas en el contenido del derecho, no constituye sino una privación, que como tal ha de ser considerada, especialmente a efectos de cuantificación.

Lo que acaba de decirse, en todo caso, no supone abogar por la necesaria conversión de los supuestos indemnizatorios de raíz expropiatoria en auténticos supuestos expropiatorios, lo que ni parece necesario, ni resulta posible de acuerdo con la configuración del instituto expropiatorio, caracterizado por encontrarse dirigido —de manera directa— al despojo patrimonial (de acuerdo con la tradicional exposición de García de Enterría en *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Civitas, 2ª reimp., 2006). Por el contrario, y sin perjuicio de cierto esfuerzo conceptual, aquellos supuestos parecen poder tener cabida en el concepto de daño cuasipropiatorio. Refiriéndose a este tipo de daños, y a la imputación por funcionamiento normal, cabe recordar la afirmación de Fernández Farreres, según la cual el hecho de que «se arbitre el cauce de la responsabilidad (dando entrada el título de imputación funcionamiento normal) en lugar de habilitar el de la expropiación forzosa, quizá no sea la solución más adecuada en estrictos términos conceptuales, pudiendo, además, inducir a equívocos y desviaciones», si bien ha de ser la solución «en tanto no se reconsidere el alcance mismo de la institución expropiatoria» («Responsabilidad patrimoniales de las Administraciones Públicas y títulos de imputación del daño», en VV.AA., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Crisis y propuestas para el s. XXI*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009, pág. 123).

¹⁴ Véanse, en este sentido, entre otros muchos, T. R. Fernández (2017), *Manual de Derecho Urbanístico*, 25ª ed., Civitas, págs. 181-182; J. González Pérez (2008), *Comentarios a la Ley de Suelo*, vol. I, 2ª ed., Civitas, pág. 912; J. M. Baño León, *Derecho Urbanístico Común*, op. cit., pág. 355; J. M. Trayter Jiménez (2010), *Derecho Urbanístico de Cataluña*, 2ª ed., Atelier, pág. 228; G. Fernández Farreres (2016), *Sistema de Derecho Administrativo*, vol. II, 3ª ed., Civitas, págs. 42-43.

2 de octubre de 1999 (rec. cas. 2294/1994), el Tribunal Supremo señala de manera clara que:

[...] el contenido concreto del derecho a edificar no se deriva de la licencia sino del plan, siendo la licencia una mera técnica de remoción de límites de un derecho preexistente.

Esto recordado, caso de otorgamiento de licencia ilegal, esto es, caso de error en la comprobación de la adecuación del ejercicio pretendido con la normativa urbanística, y por tanto, caso de otorgamiento de la licencia en contra de lo dispuesto por tal normativa —presupuesto el carácter reglado de aquella—, no podrá hablarse en puridad de privación ninguna, al contrario de lo que sucedía en el conjunto de supuestos referidos en el anterior subepígrafe. En efecto, no preexistiendo el derecho, no cabe remoción de obstáculo ninguno por virtud de la licencia, al no existir en el patrimonio del sujeto derecho ninguno cuyo ejercicio autorizar. El incorrecto otorgamiento de la licencia no modifica esta situación, de manera que, caso de que aquella haya sido otorgada, el patrimonio jurídico del sujeto permanece inalterado a estos efectos, al no presentar la licencia carácter constitutivo. Y dando el siguiente paso, la anulación de la licencia incorrectamente otorgada no representará privación ninguna de derecho o facultad, que ni preexistían ni pudieron surgir al amparo de aquella licencia.

Ahora bien, lo que sí genera la licencia incorrectamente otorgada es la *confianza legítima* en la efectiva existencia del derecho, así como en la posibilidad de su ejercicio. De esta forma, la anulación de la licencia no representará ya privación ninguna¹⁵, sino quiebra de aquella confianza legítima generada

¹⁵ Adviértase que el supuesto aquí objeto de análisis es la indemnización por *anulación* de título habilitante. Y ello en la medida en que la anulación del título habrá tenido lugar, bien por razón de la interposición del correspondiente recurso, o bien por razón de la puesta en marcha del correspondiente procedimiento de revisión, tras seguirse el o los procedimientos —según el caso concreto— administrativo y contencioso-administrativo. Vías todas ellas sujetas a sus correspondientes plazos de ejercicio, a salvo la revisión de oficio de actos nulos —y sin perjuicio del límite a que se refiere el art. 110 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC)—. De manera que transcurridos los correspondientes plazos, no cabrá hablar de anulación, sino, en su caso, de revocación del título, cuestión que se situaría extramuros del supuesto indemnizatorio analizado, recogido en el art. 48 d) TRLSRU, y que representaría una auténtica expropiación o privación del título. En efecto, consolidado el acto de otorgamiento, en aras de la seguridad jurídica, por el transcurso del plazo correspondiente sin haberse reaccionado frente al título ilegal, la desaparición de este del mundo jurídico habría de pasar por su

en el sujeto titular. Una evidencia esta de importantes consecuencias, pues en estos supuestos será la quiebra de la confianza lo que deberá indemnizarse —y por tanto, cuantificarse—, y no ya facultad alguna de la que el sujeto se haya visto privado. Este es el sentido en el que Suay Rincón afirma que la responsabilidad por anulación de título habilitante constituye «estrictamente un daño a la confianza», de manera que la reparación abarcará «los daños causados a ella y solo a ella»¹⁶.

La jurisprudencia, por lo demás, ha puesto de manifiesto en alguna ocasión la operatividad del principio de confianza legítima en el supuesto aquí analizado. Un ejemplo de ello es la reciente Sentencia de 24 de enero de 2018 (rec. cas. 2291/2016), sobre indemnización por anulación de licencia de construcción. En concreto, otorgada licencia para la construcción de una urbanización de 144 viviendas, la posterior anulación de las Normas Subsidiarias del Planeamiento de las que aquella traía causa determinó la anulación de la licencia, lo que dio lugar a la correspondiente reclamación de indemnización resarcitoria por la mercantil afectada. Unos hechos ante los cuales el Tribunal Supremo señala que:

[...] no puede negarse que a la sociedad recurrente en la instancia se le ha ocasionado un perjuicio, porque en la *confianza legítima que le generaba unas licencias para la construcción* de las viviendas [...] [se] le ha ocasionado unos perjuicios que deben serle reconocidos [...].

Reconocimiento expreso, por tanto —si bien lacónico—, por parte de la jurisprudencia de la confianza legítima como fundamento del supuesto indemnizatorio aquí objeto de estudio, la anulación de título habilitante.

Atendida esta separación conceptual, que distingue claramente los supuestos indemnizatorios unificados en el actual art. 48 TRLSRU, no resulta posible asimilar los supuestos de raíz expropiatoria y resarcitoria, que requieren un tratamiento diferenciado, según se ha expuesto. No cabe, en consecuencia, la aplicación de las técnicas de localización del daño y su cuantificación en los casos en que del acto en cuestión se deriva la privación de un derecho o facul-

expropiación, al haberse incorporado al patrimonio jurídico del titular. No se trataría, ni siquiera, del supuesto contemplado en el apartado c) del art. 48 TRLSRU, por no traer causa del cambio sobrevenido de la ordenación territorial y urbanística, si bien la consecuencia indemnizatoria habría de ser la misma, esto es, la indemnización por cuantificación del contenido patrimonializado, según lo habilitado en el correspondiente título.

¹⁶ J. Suay Rincón, «Responsabilidad patrimonial de la Administración y urbanismo...», *op. cit.*, pág. 78.

tad, que en aquellos en los que se quiebra una confianza previamente generada por mor de la actuación administrativa¹⁷.

Cerrando, en fin, la argumentación aquí seguida, esta diversa naturaleza de los supuestos indemnizatorios, que conduce a diverso tratamiento, se trasluce claramente en el origen normativo de los mismos, según ha sido ya puesto de manifiesto. En tal sentido, debe recordarse que la LS/1956 otorgó en su art. 172 —insertado sistemáticamente en el capítulo relativo a la intervención en la edificación y uso del suelo— a la «Corporación o Autoridad competente» capacidad para anular las licencias erróneamente otorgadas, anudando a dicha anulación la indemnización de los daños ocasionados¹⁸. Una senda que, como ha sido expuesto, seguiría el TR/1976, unificándose posterior y progresivamente, a partir del TRLS/1992, en los sucesivos textos normativos. La separación de la indemnización por alteración del planeamiento en su concepción legislativa originaria, recogida inicialmente en el art. 87 TRLS/1976, resulta evidente, como lo es su distinto carácter por relación a la indemnización por anulación de título habilitante.

¹⁷ En contra de lo que acaba de exponerse, Iglesias González, afirma que «la declaración judicial de nulidad de un desarrollo urbanístico es equiparable al supuesto indemnizatorio recogido en el artículo 48.a TRLS/15 relativo a la alteración (administrativa) de la ejecución de la urbanización o de las condiciones de participación de los propietarios» («Responsabilidad patrimonial por nulidad del planeamiento», *op. cit.*, pág. 362). De acuerdo con la tesis que aquí se sostiene, por el contrario, y como se ha dicho, el fundamento que subyace a la indemnización por anulación de título habilitante, de carácter resarcitorio, no resulta ser el mismo que el subyacente a la indemnización por alteración del planeamiento, de carácter expropiatorio.

¹⁸ De hecho, García Álvarez considera que la originaria inclusión de los supuestos indemnizatorios relativos a títulos habilitantes de obras encuentra su razón de ser no ya en el reconocimiento normativo del derecho a la obtención de indemnización, sino en el reconocimiento normativo de la existencia de una potestad de anulación de la licencia. Así, señala que el referido art. 172 LS/1956 establecía la posibilidad de anular las licencias otorgadas erróneamente «porque no existía una norma general con rango de Ley que permitiese esa anulación por la Administración local, evitando tener que acudir al controvertido art. 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de julio de 1955», de manera que «en consecuencia, el objeto de la regulación no era tanto reconocer el derecho del propietario a ser indemnizado, como atribuir a la Administración municipal la potestad de anular las licencias ilegales» («La responsabilidad patrimonial de la Administración por actuaciones urbanísticas», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 9, 2007, pág. 285).

III. EL NACIMIENTO DEL DERECHO A LA OBTENCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN

Sentado que la indemnización por anulación de título habilitante constituye un supuesto de carácter resarcitorio, esto es, de responsabilidad patrimonial, la primera cuestión que su aplicación ha suscitado es la relativa al mismo nacimiento del derecho a la obtención de la indemnización.

En este sentido, como supuesto de responsabilidad patrimonial, su concurrencia se encuentra sujeta a los requisitos generales del régimen de responsabilidad patrimonial administrativa, del que resulta ser una concreción. Algo que, puesto de manifiesto en numerosas ocasiones por doctrina¹⁹ y jurisprudencia, resume de manera clara la Sentencia de 27 de mayo de 2008 (rec. cas. 1678/2004), señalando que:

La responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de licencias, es objeto de atención específica por el legislador, que se ha reflejado en las sucesivas leyes urbanísticas [...] que partiendo de la aplicación y requisitos generales establecidos en las normas que regulan la responsabilidad patrimonial, excepcionan de manera expresa la indemnización en los casos de dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado.

Recordado lo cual, en materia de indemnización por anulación de título habilitante cobran especial relieve, por la trascendencia que en la aplicación jurisprudencial han encontrado —especialmente, a efectos de desestimación de la pretensión indemnizatoria— dos de aquellos requisitos generales, a saber, la antijuridicidad y el carácter efectivo del daño.

1. LA ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO: LA DOCTRINA DEL MARGEN DE TOLERANCIA

1.1. *La doctrina del margen de tolerancia: fundamentación jurídica*

La aplicación del régimen general de responsabilidad patrimonial administrativa ha determinado que en materia de responsabilidad por anulación de licencias la jurisprudencia haya aplicado en no pocas ocasiones la conocida

¹⁹ Véanse, en este sentido, entre otros, J. González Pérez (2008), *Comentarios a la Ley de Suelo*, vol. II, Civitas, 2ª ed., pág. 1375; J. Suay Rincón, «Responsabilidad patrimonial y de la Administración y urbanismo...», *op. cit.*; J. M. Baño León, *Derecho Urbanístico Común*, *op. cit.*, pág. 451; A. Blasco Esteve, A., «Supuestos indemnizatorios en la Ley de Suelo de 2007», *op. cit.*, pág. 31.

como doctrina del «margen de tolerancia». Una doctrina que ha venido fraguándose desde hace ya tiempo, pudiendo localizarse pronunciamientos de hace más de treinta años²⁰, en los que la jurisprudencia ya venía exigiendo poder localizar una «flagrante desatención normativa» en el acto de otorgamiento de la licencia, a efectos de calificación del daño como antijurídico y en consecuencia, a efectos de reconocimiento del derecho a la obtención de la indemnización. Así, por ejemplo, en la Sentencia de 10 de junio de 1986 (Ar. 6761) el Tribunal Supremo afirmó que:

[...] no cabe por el contrario apreciar la antijuridicidad en la lesión, por la simple anulación del acuerdo adoptado en vía administrativa, cuando la sutileza de la ilegalidad sólo haya podido decantarse en la más alta instancia jurisprudencial, dato por sí solo revelador de la necesidad de descartar el carácter manifiesto de la torpeza de criterio denegatorio mantenido por la Administración local, máxime si, como ocurre en materia de licencias municipales, la jurisprudencia abunda en la tesis liberatoria de la responsabilidad patrimonial, de no concurrir una flagrante desatención normativa ausente en el marco de la compleja problemática urbanística [...].

Ausencia de antijuridicidad, por tanto, y deber jurídico de soportar el daño, caso de imposibilidad de localizar en el comportamiento administrativo desarrollado en el dictado de la licencia posteriormente anulada aquella flagrante vulneración normativa. El fundamento de la referida doctrina parece querer encontrarse en el que hoy es el art. 32.1, segundo párrafo, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), de acuerdo con el cual:

La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización.

Así, aplicando el precedente del citado precepto, antiguo art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, el Tribunal Supremo afirmará en la Sentencia de 26 de septiembre de 1990 (Ar. 7394) que:

El artículo 232 de la Ley del Suelo recoge el principio de responsabilidad de la Administración conforme al régimen jurídico general [...] régimen legal que

²⁰ Véase, a este respecto, M. C. Alonso García, «La responsabilidad patrimonial de la Administración por denegación de licencias», *RAP*, 127, págs. 220 y ss. Véase también J. González Pérez, *Comentarios a la Ley de Suelo*, *op. cit.*, págs. 1376-1377.

viene constituido por la norma contenida en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, según la cual la simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales de lo contencioso de las resoluciones administrativas, no presupone derecho a indemnización, es decir, *que aun aceptando que toda anulación de una licencia ocasiona alguna clase de perjuicio al titular de la misma, ello no quiere decir que este perjuicio deba imputarse siempre y en todo caso a la Administración por el simple hecho de que la jurisdicción anule el acto administrativo*, sino que es necesario, según reiterada jurisprudencia, delimitar los presupuestos productores de esa responsabilidad [...].

El recurso al referido precepto de lo que hoy es la LRJSP ha sido constante en la jurisprudencia, incorporándose asimismo hasta los recientes pronunciamientos. Así, entre muchas otras, en la reciente Sentencia de 4 de mayo de 2017 (rec. cas. 3333/2015) se afirma que:

[...] es de recordar que [...] el artículo 142 de la mencionada Ley de Procedimiento de 1992 [actual art. 32 LRJSP], establece que la mera anulación de actos administrativos no comporta, por sí sola, la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial y no genera de manera automática el derecho de indemnización propio de dicha institución. Entre dichos presupuestos está el de la antijuridicidad de la lesión, entendida como daño que el ciudadano no tiene obligación de soportar, porque solo en ese supuesto no existirá la obligación del lesionado de soportar el daño causado por la actividad administrativa anulada.

Y en conexión con dicho requisito de la antijuridicidad de la lesión, a la originaria expresión «flagrante desatención normativa» ha venido con el tiempo a sucederle la relativa al «margen de apreciación» o «margen de tolerancia» de la actuación administrativa cuando, no obstante su ilegalidad, la misma se haya producido dentro de ciertos márgenes de racionalidad y razonabilidad. Así, en la Sentencia de 10 de marzo de 1998 (rec. cas. 4953/1993) se afirma que

[...] en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales o en que la aplicación por la administración de la norma jurídica al caso concreto no haya de atender sólo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no del derecho en la esfera del administrado, sino que la norma antes de ser aplicada ha de integrarse mediante la apreciación, necesariamente subjetivada, por parte de la administración llamada a aplicarla, de conceptos indeterminados determinantes del sentido de la resolución, *debe reconocerse 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.*

El fragmento transcrito sintetiza con claridad el contenido de una doctrina cada vez más consolidada en la jurisprudencia, doctrina a la que además se ha conferido en ocasiones una interpretación tan amplia que se ha llegado a negar toda posible responsabilidad patrimonial por anulación de acto caso de existencia de algún margen de apreciación. Es tal el sentido de la Sentencia de 22 de abril de 2016 (rec. cas. 4080/2014), donde se llega a afirmar que:

[...] para que la anulación de un acto administrativo pueda dar lugar a un eventual derecho a ser indemnizado por vía de responsabilidad patrimonial era preciso que no existiera margen de apreciación para la Administración, lo que no acaece cuando se trate de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados o [actúe] el ejercicio de potestades discrecionales, dado que la concurrencia de este tipo de facultades comporta la obligación del particular de soportar las consecuencias negativas que la introducción de criterios de oportunidad o la falta de determinación normativa del resultado de la operación de apreciación pueda comportar.

Se ha llegado, en fin, a vincular el mismo sustrato de la doctrina a la propia viabilidad de la actuación administrativa. Ejemplo de lo que acaba de decirse es la Sentencia de 9 de diciembre de 2015 (rec. cas. 1661/2014), donde partiendo de lo que califica como una «línea de doctrina plenamente consolidada», se afirma que:

[...] se ha establecido una tipología como pauta de interpretación en virtud de la cual se considera, como premisa, que el sometimiento de la Administración al más estricto principio de legalidad que se impone ya desde el artículo 103 de la Constitución, teniendo encomendada la satisfacción de intereses generales y que ante las dificultades que siempre entraña la aplicación de la norma al caso concreto, *no puede estar sometida al temor de que si se revisa su actividad y se anulan sus decisiones, tenga que verse obligada a compensar a los ciudadanos afectados por esas decisiones anuladas con grave detrimento de los presupuestos públicos*; de ahí la necesidad de atenerse a las circunstancias concurrentes.

Sin perjuicio de lo que desde el punto de vista estrictamente técnico se dirá a continuación, es evidente que no es posible avenirse a una tal afirmación, que sustenta el deber jurídico de soportar el daño por parte del sujeto lesionado en el «temor» administrativo de la posible revisión de sus actos. Cabe en este sentido recordar las contundentes palabras de T. R. Fernández, quien en relación con lo que acaba de decirse llega a preguntarse si «de verdad cree eso la Sala 3ª del Tribunal Supremo», en la medida en que «si es así, si el Derecho

Administrativo tiene que hacerse a un lado para que la Administración no viva en una permanente duda sobre la legalidad de sus actos, sobramos todos»²¹.

Atendida, por tanto, la doctrina del margen de tolerancia, doctrina consolidada en la jurisprudencia, no cabría considerar, como se ha entendido en ocasiones, que en los casos de daños sufridos como consecuencia de la anulación de títulos habilitantes «el daño será siempre antijurídico, al tratarse de actos ilegales»; ni que «esa ilegalidad del acto o actuación administrativa implica la antijuridicidad del daño, por lo cual el perjudicado no tiene el deber de soportarlo»²². Y no cabría tal consideración en la medida en que la antijuridicidad dependería, no ya (o no solo) de la ilegalidad del acto, sino de la ubicación de la actividad administrativa desarrollada en el dictado del acto más allá de ese margen representativo del espacio de ilegalidad tolerada a efectos de responsabilidad²³. De acuerdo con la doctrina del margen de tolerancia, en palabras de T. R. Fernández, «hace falta, pues, una actuación viciada de culpa, pero de una culpa grave o gravísima para que la pretensión de resarcimiento pueda prosperar», puesto que «si no hay una culpa de esta naturaleza, el destinatario del acto anulado tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio que le haya inferido dicho acto»²⁴.

²¹ T. R. Fernández (2018), «¿Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por Sentencia firme?», *RAJ*, 205, pág. 236.

²² A. Blasco Esteve, «Supuestos indemnizatorios en la Ley de Suelo de 2007», *op. cit.*, pág. 40. Tampoco podría afirmarse, en la misma línea, que la indemnización es el «correlativo lógico de toda revocación de licencias por tal causa», por ser «indudable que, de entrada, la anulación de una licencia ocasiona a su titular unos daños y perjuicios ciertos y determinables», siendo claro «que el titular de la licencia en estos supuestos sufre una lesión patrimonial que es consecuencia directa del obrar no correcto de la Administración» (J. L. Beltrán Aguirre (2008), «Expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial», en F. Enériz Olaechea y J. L. Beltrán Aguirre (dirs.), *Comentarios a la Ley de Suelo. Ley 8/2007, de 28 de mayo*, Aranzadi, págs. 470-471).

²³ De hecho, Parejo Alfonso afirma que en la remisión en los casos de responsabilidad por anulación de licencias urbanísticas al régimen general de responsabilidad patrimonial administrativa (referida *supra*) cabe identificar «la intención del legislador de romper con la «presunción de responsabilidad» que consagraba la Ley del Suelo de 1956 para los casos de anulación de licencias» (cit. en García Álvarez, «La responsabilidad patrimonial de la Administración por actuaciones urbanísticas», *op. cit.*, pág. 285).

²⁴ T. R. Fernández, «¿Existe un deber jurídico de soportar...», *op. cit.*, pág. 231. De «estoico» califica Blanquer Criado el deber de soportar el daño en los casos de aplicación de la doctrina del margen de tolerancia («Disgresiones sobre la invalidez de los actos

1.2. Crítica: canon de ilegalidad vs. canon de antijuridicidad

Expuesta la doctrina jurisprudencial del margen de tolerancia, debe ponerse de manifiesto que su engranaje técnico con el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial administrativa, según se deriva del art. 106.2 CE y de los arts. 32 y ss. de la vigente LRJSP, es realmente complicado²⁵. Para empezar, en efecto, y como pone de manifiesto T. R. Fernández, no le es dado al legislador «cambiar a voluntad el contenido y alcance de la garantía de indemnidad patrimonial frente al actuar lesivo de la Administración que el art. 106 de la Norma Fundamental proclama». Un precepto que constitucionaliza «una cláusula que se considera esencial en la medida en que asegura que nadie tenga que soportar a sus exclusivas expensas las consecuencias perjudiciales de una actividad, la administrativa, que se realiza en beneficio del conjunto de la comunidad»²⁶.

A ello se suma, además, que la referida doctrina aboca a una revisión de lo ya juzgado en sede de anulación, en la medida en que, de existir margen de apreciación en el dictado del acto anulado —vía ejercicio de potestad discrecional—, el modo de concreción administrativa de dicho margen en la resolución adoptada habrá sido analizado previa y necesariamente, y además censurado judicialmente, al concluirse la disconformidad a derecho de aquella resolución. De manera que, aplicado un canon de racionalidad y razonabilidad de la actuación administrativa, que ha conducido a la censura del modo de proceder administrativo, y por tanto a la anulación del acto, la

administrativos», en E. Soriano García (dir.), *Por el Derecho y la Libertad. Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, vol. II, Iustel, 2014, pág. 1294).

²⁵ Para una visión crítica de la doctrina del margen de tolerancia, nos permitimos remitirnos a M. A. Muñoz Guijosa (2012), «Reflexiones en torno a la doctrina de la racionalidad y razonabilidad de la conducta administrativa en la responsabilidad patrimonial por anulación de acto administrativo», en E. García de Enterría (dir.), *Administración y Justicia. Un estudio jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, págs. 1781-1806, y bibliografía allí recogida.

²⁶ T. R. Fernández, «¿Existe un deber jurídico de soportar...», *op. cit.*, págs. 226-227, donde el citado autor continúa afirmando respecto de la posible disponibilidad legislativa del contenido y alcance de la referida garantía constitucional, quedando «a expensas de la aritmética parlamentaria», que «para ese viaje no hacían falta, como es obvio, las alforjas constitucionales». En el mismo sentido, Blanquer Criado afirma que «en el marco constitucional de un Estado de Derecho, ese escenario [el representado por la doctrina del margen de tolerancia] resulta cuanto menos chocante, por ser poco o nada acorde con el régimen de garantías que debería caracterizar a un auténtico Estado de Derecho» («Disgresiones sobre la invalidez...», *op. cit.*, pág. 1294).

doctrina del margen de tolerancia obliga a crear y aplicar un segundo canon —que resulta ser más laxo que el primero con aquel modo de proceder—, cuyos efectos se proyectan sobre el elemento de la antijuridicidad de la lesión. Es evidente que una construcción como esta no resulta en absoluto acertada desde el punto de vista técnico, en la medida en que, con olvido de la esencia misma del acto de naturaleza discrecional, este «no puede ser al mismo tiempo nulo y razonable», lo que «implica una contradicción en los términos, un imposible lógico»²⁷.

El hecho de que la aplicación de la doctrina del margen de tolerancia conduce a la revisión de lo ya juzgado resulta perfectamente visible en la Sentencia de 4 de mayo de 2017 (rec. cas. 3333/2015), sobre reclamación de responsabilidad por los daños generados por la anulación de las licencias en su momento otorgadas a la mercantil recurrente en instancia para la construcción y apertura de un restaurante e instalaciones deportivas. En efecto, recordada la doctrina del margen de tolerancia, el Tribunal Supremo no recoge sino los fundamentos vertidos en el procedimiento seguido a efectos de anulación, para coincidir —eso sí, en este caso— en la falta de racionalidad y razonabilidad del acto de otorgamiento, y por tanto, reconocer el carácter antijurídico del daño. De hecho, llega a afirmarse que:

[...] en la actuación de la Administración autonómica, cabe apreciar que en la valoración que hizo de los elementos reglados a que estaban sometidas las licencias concedidas, pese a la referencia a conceptos jurídicos indeterminados, la apreciación de las circunstancias del caso de autos, en su totalidad, no aparece ni razonado, tan siquiera acudiendo a los informes que preceden al acuerdo, ni razonada, porque se omite la mínima valoración de todas las circunstancias que debían hacer integrado dichos conceptos. *Y buena prueba de ello son los fundamentos de la sentencia que declara la nulidad de la decisión administrativa de concesión.*

¿Qué mejor prueba, y en realidad única —cabe preguntarse—, de la falta de racionalidad y razonabilidad de la actuación administrativa en el dictado de determinado acto, que la Sentencia firme que ha declarado ya la falta de racionalidad y razonabilidad y ha anulado en consecuencia el acto? No es esta,

²⁷ T. R. Fernández, «¿Existe el deber jurídico de soportar...», *op. cit.*, pág. 233, consideración a la que se añade, como ya ha sido aquí apuntado, que una tal construcción implica «una flagrante violación de la santidad de la cosa juzgada, puesto que se aprovecha la apertura de un nuevo proceso para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios causados por el acto previamente declarado nulo como una oportunidad para juzgar otra vez si al dictar aquel acto, la Administración respetó o no los márgenes de apreciación otorgados por la norma habilitante» (pág. 234).

sin embargo, la posición adoptada por el Tribunal Supremo en muy buena parte de sus pronunciamientos, llegando a afirmarse en la Sentencia de 22 de abril de 2016 (rec. cas. 4080/2014) que no cabe excluir la razonabilidad «por el hecho de que jurisdiccionalmente no haya sido avalado» cierto informe determinante para la resolución, lo que «no implica que contenga una interpretación o valoración irrazonable».

1.3. Margen de tolerancia e indemnización por anulación de título habilitante

Como ha sido señalado, la doctrina del margen de tolerancia viene siendo aplicada por la jurisprudencia cuando de responsabilidad por anulación de acto administrativo se trata. Centrando la atención en los supuestos recogidos en el art. 48 d) TRLSRU, debe señalarse que la referida doctrina ha encontrado mayor campo de aplicación en los supuestos de indemnización por denegación improcedente de licencias²⁸. Existen asimismo, sin embargo, aunque en número menor, ejemplos de aplicación a supuestos de indemnización por anulación de licencias otorgadas, supuestos aquí objeto de estudio, como la ya citada Sentencia de 4 de mayo de 2017 (rec. cas. 3333/2015), que constituye un claro ejemplo de aplicación de la doctrina del margen de tolerancia, si bien concluyendo en la existencia de antijuridicidad por falta de racionalidad, y por tanto reconociendo el derecho a la obtención de indemnización.

Cabe reflexionar, por lo demás, sobre el mismo encaje de la doctrina en el art. 48 TRLSRU, atendida su dicción literal. En efecto, el citado precepto dispone de manera tajante que «dan lugar *en todo caso* a derecho de indemnización las lesiones en los bienes y derechos» que resulten de los supuestos enumerados en el citado precepto. El empleo de la expresión *en todo caso*, expresión que constituye una novedad en la LS/2007, parece apuntar de manera clara hacia el necesario reconocimiento del derecho a la obtención de la indemnización, presupuesta, claro está, la existencia de una efectiva lesión producida como consecuencia de la actividad administrativa. Este es el sentido en el que González Pérez afirma que «podría argumentarse que, en estos supuestos, siempre que se den los requisitos generales, procederá la indemnización»²⁹. La dicción literal del vigente art. 48 TRLSRU, por tanto, dificulta el encaje de la doctrina del margen de tolerancia.

²⁸ Para un análisis de la aplicación jurisprudencial de la doctrina del margen de tolerancia en materia urbanística, véase G. García Álvarez (2006), «La modulación de la responsabilidad de la Administración en determinados casos de ejercicio ilegal de potestades urbanísticas», *RAP*, 169, págs. 157 y ss.

²⁹ J. González Pérez (dir.) (2015), *Comentarios a la Ley de Suelo. Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio*, Civitas, 3ª ed., pág. 1157. En el

Y cabe preguntarse asimismo, en fin, por el encaje de esta doctrina en los no infrecuentes supuestos en que la anulación del título trae causa de la previa anulación del plan que le sirve de cobertura. Un encaje cuyo resultado no sería otro sino la sistemática negación de la concurrencia del requisito de la antijuridicidad en estos casos. En efecto, qué mayor racionalidad en la actuación administrativa que la emisión de un acto, el otorgamiento del título, conforme a lo que disponía el plan vigente al momento del otorgamiento. Tanta racionalidad, que a la Administración no le era dado, conforme a derecho, resolver en dicho momento de manera distinta. Tratándose de una actuación rigurosamente ajustada a derecho, debería conforme a la doctrina del margen de tolerancia negarse la antijuridicidad del daño, y por tanto hacer recaer sobre el titular el deber jurídico de soportar las consecuencias lesivas de la anulación. Parece evidente, sin embargo, que tal solución no se compadece con las exigencias de la garantía indemnizatoria del art. 106 CE.

2. LA EFECTIVIDAD DEL DAÑO. EL PROBLEMA DE LA CAUSA DE LA ANULACIÓN

Pasando del requisito de la antijuridicidad al de la efectividad del daño, debe comenzarse recordando que tanto doctrina como jurisprudencia han puesto de manifiesto en diversidad de ocasiones que la anulación del título habilitante, en cuanto restricción que representa de la esfera jurídica del particular afectado, ha de generar necesariamente un daño efectivo. De esta forma, el requisito de la efectividad del daño concurriría sin mayores controversias, que quedarían centradas en la cuestión relativa a la cuantificación de aquel³⁰.

mismo sentido, García Álvarez afirma que de producirse un daño efectivo «debería ser considerado antijurídico como regla general» («La responsabilidad patrimonial de la Administración por actuaciones urbanísticas», *op. cit.*, pág. 286). En la misma línea, Fernández, «¿Existe un deber jurídico de soportar...», *op. cit.*, pág. 231, donde el citado autor señala que «el art. 48 del texto refundido de la Ley de Suelo de 30 de octubre de 2015 no puede ser más categórico al respecto». No es esta, sin embargo, la opinión de Cruz Mera, quien sostiene que con la expresión «en todo caso» «quizás se está queriendo hacer referencia a la especial configuración de la responsabilidad patrimonial de la Administración en nuestro derecho, que responde a una responsabilidad objetiva, que surge al margen de la posible responsabilidad culposa o negligente de aquella y a favor del patrimonio del lesionado» (Expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial», *op. cit.*, pág. 948).

³⁰ Y, en su caso, a la antijuridicidad, sobre la base de la doctrina del margen de tolerancia, según acaba de exponerse.

Así, no es infrecuente encontrar afirmaciones como la de la Sentencia de 16 de junio de 2008 (rec. cas. 9614/2003), según la cual:

[...] la anulación de una licencia ocasiona a su titular unos daños y perjuicios ciertos y determinables, ya que, en todo caso, supone la imposibilidad de continuar realizando la actividad autorizada, llegándose incluso a la demolición de lo realizado. Por consiguiente, *resulta claro que en tales tesituras el administrado sufre una lesión patrimonial* consecuencia directa del obrar no correcto de la Administración³¹.

Ahora bien, no obstante lo dicho, debe hacerse referencia a una particular línea jurisprudencial que viene a restringir en ciertos supuestos la concurrencia del requisito de la efectividad del daño, de manera que, más allá de lo que acaba de transcribirse, no parece que «resulte clara» en absoluto la efectiva existencia de una lesión patrimonial. Se trata de una línea ubicada en el complejo problema de la anulación de licencias provocada por la previa anulación del plan o instrumento que les hubiera servido de cobertura, y que excluye la calificación del daño como efectivo en los casos en los que el futuro plan parezca que vaya a prever la específica clasificación y uso reconocido por la licencia anulada, o al menos otro tipo de uso edificatorio³². Ejemplo de lo que acaba de decirse es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 7 de marzo de 2014 (rec. 582/11)³³, en la que se afirma que:

³¹ En el mismo sentido, son también expresivas las Sentencias de 27 de mayo de 2008 (rec. cas. 1678/2004), en la que se afirma que en estos supuestos el administrado «sufre una lesión patrimonial que es consecuencia directa del obrar no correcto de la Administración, y así la procedencia de la indemnización que como regla nadie discute [...]»; y de 18 de octubre de 2000 (rec. cas. 4176/1995), donde se afirma que la responsabilidad por anulación de licencia es un «hecho incontestable».

³² En relación con esta línea jurisprudencial, véase Iglesias González, «Responsabilidad patrimonial por nulidad del planeamiento», *op. cit.*, págs. 368-369.

³³ La Sentencia sería posteriormente casada por Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2015 (rec. cas. 1782/2014), si bien la censura del Tribunal Supremo no se referirá al sustrato mismo de la argumentación por la que se desestima inicialmente el recurso, sino a la omisión en aquella sentencia de toda referencia a las pruebas obrantes, lo que determina su calificación de inmotivada y arbitraria a la vista del material probatorio. De hecho, el propio Tribunal Supremo emplea en ocasiones idéntica línea argumentativa. Así, si sin que hubiese mediado posterior anulación de título, sino solamente la declaración de nulidad del plan de cobertura, véanse las Sentencias de 4 de junio de 2010 (rec. cas. 3237/2008) y de 14 de mayo de 2004 (rec. cas. 7058/1999).

En cuanto a los gastos de urbanización que [la recurrente] reclama y acredita en autos, éstos devendrán o no inútiles *dependiendo del planeamiento que está en marcha*, anulado el que dio cobertura al Plan Especial y ejecución posterior. De hecho, en el expediente administrativo consta escrito de la parte recurrente donde admite la tramitación de éste y la continuación en la clasificación del suelo. Las hipotéticas modificaciones, legalidad o ilegalidad de las obras y la consiguiente inutilidad de los gastos efectuados hasta el momento dependerán, efectivamente, de dicha futura planificación [...]. Ello significa que *no existe la efectividad exigible en el daño que se alega* pues el coste de la realización parcial (77,5 por ciento) está pendiente de las previsiones de un nuevo planeamiento.

Respecto a esta particular doctrina, cabe realizar dos tipos de consideraciones, relativas tanto a la causa de la anulación del título como a la propia naturaleza del perjuicio causado.

2.1. La causa de la anulación del título

La línea jurisprudencial a que acaba de hacerse referencia pone de manifiesto cómo la *causa* de la anulación del título que posteriormente da lugar a la reclamación de indemnización resarcitoria conforme al art. 48 d) TRLSRU, no resulta ni mucho menos indiferente a estos últimos efectos.

En esta línea, ya Martín Rebollo advirtió de que, como en toda anulación de actos declarativos de derechos, la indemnización caso de anulación de título habilitante ha de quedar referida a los daños realmente causados, lo que resultaría determinante de que «si la anulación lo es por razones formales y no impide solicitar de nuevo la licencia esa circunstancia afectará, sin duda, a la indemnización que proceda»³⁴. Una afirmación que, atendiendo a los requisitos que deben concurrir para que surja la responsabilidad patrimonial, no se traduce sino en la circunstancia de que la anulación por vicio de forma, por sí sola, modula, llegando a impedir en no pocos casos, la propia presencia del requisito de la efectividad del daño, y ello sin perjuicio de lo que se dirá más abajo respecto a la naturaleza del daño causado.

De la misma manera, la línea jurisprudencial referida atiende, en sede de responsabilidad e indemnización, a la causa de la previa anulación del título.

³⁴ L. Martín Rebollo, «La responsabilidad local en materia de urbanismo», *op. cit.*, pág. 134. La indemnización, según el citado autor, quedará en tales supuestos minorada «según el caso». Una afirmación que inmediatamente suscita la cuestión relativa a cuánto o sobre qué base, o por qué concepto, debe calcularse esa minoración de la indemnización, o si se quiere, esa indemnización minorada.

Ahora bien, entre los diversos motivos que hayan podido dar lugar a la anulación de aquel, adquieren en la jurisprudencia una especial relevancia los casos en los que el título resulta anulado, no ya por la localización de vicios formales o materiales producidos en su dictado, sino como consecuencia de la previa declaración de nulidad del plan que le servía de cobertura. Unos supuestos que hunden sus raíces en una problemática hoy día aún no resuelta de manera satisfactoria, cual es la de los efectos que hayan de derivarse de la declaración de nulidad de los planes de ordenación territorial y urbanística.

En efecto, la línea jurisprudencial mencionada no podría, en pura lógica, referirse a supuestos de otorgamiento erróneo del título —licencia contra plan³⁵—, supuestos estos en consideración a los cuales, debe recordarse, se incluyó originariamente (en el art. 172 LS/1956) la previsión indemnizatoria aquí objeto de estudio. Y no podría referirse a estos supuestos en la medida en que el título otorgado en contra de la ordenación territorial y urbanística, que posteriormente es anulado, habrá dado lugar —de plantearse la pretensión indemnizatoria— a determinados gastos acometidos tanto a efectos de solicitud de aquel como de ejecución de lo autorizado por el mismo. Unos gastos que constituirán, en la lógica indemnizatoria, un daño efectivo, por cuanto devendrán inservibles como consecuencia de la anulación.

Esta es la idea originaria, debe insistirse, que subyace a la previsión indemnizatoria hoy incluida en el art. 48d) TRLSRU. Ahora bien, refiriéndose hoy este precepto, de manera más amplia, a la anulación de títulos habilitantes, el mismo ha de dar cabida a supuestos de anulación por causa distinta a la originariamente imaginada por el legislador. Y el problema surge, como se ha dicho, cuando la causa de la anulación viene a ser la previa anulación del plan de cobertura. A este respecto, y como punto de partida, debe señalarse que los importantes problemas derivados de la declaración de nulidad de los planes y los efectos «en cascada» que tal declaración produce han sido puestos de manifiesto por los operadores jurídicos, que han abogado por una regulación de esta materia más acorde al principio de seguridad jurídica³⁶.

³⁵ En el entendido, por tanto, de la existencia de un error material en el otorgamiento del título, habida cuenta de lo que acaba de exponerse respecto del vicio de forma.

³⁶ Bassols Coma considera que «podría ser de interés articular una normativa procesal especial que clarificara y sobretodo simplificara el régimen de los recursos contenciosos en materia de urbanismo y, en especial la impugnación del planeamiento», introduciendo en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) «un nuevo procedimiento contencioso especial en materia de planificación urbanística que recogiera, clarificara y simplificara las principales singularidades de esta materia, al tiempo que introdujera las reformas imprescindibles para actualizar el régimen de su impugnación» («La asimilación de los planes de urbanismo a normas

Sin que sea posible detenerse aquí en la compleja problemática descrita, que excede con mucho el objeto de este trabajo, sí interesa en este momento, a efectos del análisis relativo a la concurrencia del requisito de la efectividad del daño en el supuesto indemnizatorio aquí objeto de estudio, recogido en el art. 48 d) TRLSRU, reiterar una vez más, aun por elemental que pueda parecer, que la aplicación de este supuesto exige la previa anulación del título habilitante de obra o actividad en cuestión. En este sentido, debe recordarse que dicha anulación no se produce de forma automática con la anulación del plan que le sirve de cobertura³⁷, de manera que si el título administrativo no ha sido anulado por los cauces y dentro de los plazos normativamente establecidos, no obstante la declaración de nulidad del plan, se habrá convertido en acto firme. Una categoría que determina la entrada en juego de un importante conjunto posible de conceptos a efectos de definición jurídica, según los casos, de la situación del titular afectado³⁸. Cuestiones que, en todo caso, no encuentran su acomodo técnico en el citado art. 48 d) TRLSRU³⁹.

Por el contrario, anulado el título habilitante como consecuencia de la previa anulación del plan, el escenario resulta distinto, por cuanto la anulación representa por sí, como se ha dicho, una merma en el patrimonio jurídico del titular afectado. Una circunstancia que, atendida la garantía indemnizatoria

reglamentarias y problemática jurídica de su anulación judicial», en G. Soria Martínez y M. Bassols Coma (coords.) (2017), *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico*, Aranzadi, pág. 91). Sobre la problemática derivada de la anulación de los planes, véase *in totum* la citada obra colectiva; J. A. Santamaría Pastor (2016), «Una imprevista disfunción del sistema urbanístico: la mortalidad judicial de los planes», *Práctica urbanística: revista mensual de urbanismo*, 141; y González Sanfiel, «Límites a la declaración de nulidad del planeamiento», *op. cit.*

Prueba de la trascendencia de la preocupación de los operadores jurídicos que acaba de describirse, y de las críticas que vienen reclamando una reforma del sistema, fue la presentación el pasado mes de mayo del Anteproyecto de Ley de Medidas Administrativas y Procesales para reforzar la seguridad jurídica en la ordenación territorial y urbanística, frustrado, sin embargo, con el cambio de Gobierno.

³⁷ Más allá, en todo caso, de los supuestos de impugnación indirecta.

³⁸ Así, se ha dado entrada por la doctrina a estos efectos a conceptos como el del valor normativo de lo fáctico (González Sanfiel, «Límites a la declaración de nulidad del planeamiento», *op. cit.*) y el de las situaciones de fuera de ordenación (Gifreu Font, «Los efectos jurídicos de la anulación del planeamiento...», *op. cit.*, págs. 181 y ss.).

³⁹ Y ello no obstante el hecho de que sea posible asimismo la obtención en estos casos de indemnización de carácter resarcitorio, si bien no ya por aplicación del citado precepto, sino por aplicación del régimen general de responsabilidad patrimonial, que obliga a dejar indemne a quien ha sufrido un daño antijurídico como consecuencia de la actuación administrativa.

reconocida en el art. 106.2 CE, obliga a no forzar los límites del requisito de la efectividad del daño. Por ello —y más allá de que a la anulación del título es probable que pueda haber seguido la orden de demolición, que una vez ejecutada constituirá sin duda un daño efectivo⁴⁰—, el cuestionamiento del requisito de la efectividad del daño sobre la base de la elaboración de un nuevo plan, parece deber circunscribirse, al menos como línea de principio, a los casos en que el plan de cobertura haya sido anulado por motivos formales.

En efecto, si la previa anulación del plan ha obedecido a cuestiones de índole material, y ha dado lugar posteriormente a la anulación del título, será difícil justificar la inexistencia de daño efectivo en la elaboración de un nuevo plan. Sin desconocer que la casuística puede llegar a ser amplísima —y sin que sea dado entrar en este momento en la misma—, cabe hacer referencia en relación con lo que acaba de decirse a la ya mencionada Sentencia de 6 de noviembre de 2015 (rec. cas. 1782/2014), que casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que negó el carácter efectivo del daño sobre la base de la tramitación de un nuevo Plan General. El Tribunal Supremo afirmará que:

[...] *la urbanización ejecutada* —y en claro estado de abandono, tal como se aprecia en las fotografías obrantes en autos— *ha devenido inútil*, desde el momento que para la edificación de los terrenos (clasificados en el nuevo PGOU de Suelo Urbanizable Delimitado), *será preciso la elaboración y aprobación de un nuevo Plan Parcial y un nuevo Proyecto de Urbanización*, con determinaciones urbanísticas distintas de las contempladas en el Plan anulado, dadas las prescripciones, en este particular, del nuevo PGOU⁴¹.

Frente a la anulación del plan por motivos sustanciales, la anulación por motivos formales, que de la misma manera vicia de invalidez el título al amparo del cual se haya desarrollado la acción de transformación, suscita mayores

⁴⁰ En el entendido, conforme a la jurisprudencia, de que solo una vez ejecutada la orden de demolición podrá hablarse de daño efectivo y cuantificarse el mismo, a efectos de determinación de la indemnización. Véanse, en este sentido, por ejemplo, las Sentencias de 6 de julio de 2011 (rec. cas. 1380/2008), donde se afirma que el «daño emergente y el lucro cesante que se reclama con apoyo en la orden de demolición no constituye un daño efectivo hasta que dicha orden se lleve a efecto y los reclamantes de responsabilidad se vean obligados a abandonar sus propiedades», y 23 de octubre de 2009 (rec. cas. 3026/2005).

⁴¹ De manera que el más que probable amplio lapso temporal que se producirá entre la anulación del título y el otorgamiento de otro de las mismas características —si ello llegase a ser posible— ajustado a las determinaciones del nuevo plan, determinará que lo ejecutado al amparo del título anulado devenga inútil con toda probabilidad.

dudas en cuanto a la concurrencia del requisito de la efectividad del daño, presupuesta la anulación de aquel título. Y ello en la medida en que en este caso sí parece más probable, o al menos posible —y más allá de la crítica que merezca la sanción de la nulidad absoluta de la totalidad del instrumento y de los actos dictados en su aplicación, fundada en la detección de cualquier defecto formal—, que subsanado el vicio de forma determinante de la nulidad del plan⁴², la ordenación, y por tanto la situación jurídica del titular afectado, resurja en las mismas condiciones una vez vigente el nuevo instrumento⁴³.

Ahora bien, lo que acaba de decirse no significa que, como ya se ha dicho, la anulación del título habilitante no haya producido, *per se*, un daño efectivo en el patrimonio del titular afectado, ni impide en consecuencia que la cuantificación de dicho daño pueda ser exigida vía indemnización resarcitoria. Algo que engarza directamente con la cuestión relativa a la naturaleza del daño producido por la anulación.

2.2. La naturaleza del daño producido por la anulación

Examinado el modo de influencia de la causa de la anulación del título en sede de responsabilidad, el paso inmediatamente siguiente es el relativo a la naturaleza del daño causado, o si se quiere, a la clase de daño efectivo que puede pretenderse sea resarcido, y que, por tanto, proceda cuantificar a efectos indemnizatorios.

En este sentido, se ha dicho que la sola anulación del título, por sí misma, genera un daño, en el entendido de que supone un detrimento en el *patrimonio jurídico* del sujeto afectado. Ahora bien, también se ha dicho que es posible que, atendida la causa de la anulación del título, no quepa calificar de *efectivo* el daño representado por la ejecución de lo autorizado por el título, habida cuenta de su posible futura adecuación a derecho.

De ahí que sea necesario precisar, a efectos de determinación del daño que haya de ser resarcido, la naturaleza del detrimento patrimonial efectivamente producido. Lo que lleva a distinguir entre el daño representado por la ejecución de lo autorizado por el título anulado, que se traduce en los gastos⁴⁴ en que se haya incurrido a efectos de aquella ejecución, y el daño representado

⁴² A salvo, claro está, que se trate de un trámite del que pueda derivar la necesidad de proceder a la modificación del contenido material del plan (v. gr. evaluación ambiental).

⁴³ En relación con lo dicho, Gifreu Font pone de manifiesto la importante diferencia entre los defectos de fondo y forma en los instrumentos de ordenación urbanística («Los efectos jurídicos de la anulación del planeamiento...», *op. cit.*, pág. 218).

⁴⁴ Sobre la cuantificación de la indemnización por referencia a los gastos en que se haya incurrido, con omisión del cómputo del *ius aedificandi*, véase *infra* epígrafe 4.

exclusivamente por el propio hecho de la anulación del título. Un daño este último que no se encuentra ya referido a lo ejecutado al amparo del título (que, de acuerdo con lo dicho, no merecerá, según el caso, la calificación de efectivo), sino a la *frustración, al menos temporal, del posible ejercicio de un derecho en cuya existencia legítimamente confió el titular afectado*⁴⁵. Anulado el título habilitante, el daño de esta naturaleza alcanzará los gastos que ha ocasionado la propia obtención de aquel, así como esa paralización en el posible ejercicio del derecho, habida cuenta de la dilatación temporal que se producirá hasta la clarificación de la situación urbanística del terreno al que el título se encontraba referido.

En relación con esto último, en la Sentencia de 4 de junio de 2010 (rec. cas. 3237/2008) el Tribunal Supremo afirma que:

[...] al haberse iniciado de nuevo la confección del planeamiento que afecta al suelo sobre el que se ha realizado la urbanización cuyo importe se reclama, hasta tanto no culmine ese proceso o se frustre el mismo, no será posible conocer si el daño y, por tanto, la lesión ahora y aquí reclamada es real y efectivo, de modo que hasta ahora no es posible asumir su indemnización, y no en vano la Sentencia de instancia apuntó en su momento que *lo que sí pudo reclamar el recurrente era la demora experimentada y el posible perjuicio que de ese hecho pudo derivar para su patrimonio*.

Esto advertido, la paralización del posible ejercicio del derecho, a su vez, se traducirá en la paralización de una actividad —empresarial, en buena parte de los casos— que a efectos indemnizatorios bien puede quedar referida al rendimiento dejado de obtener durante el tiempo en que se prolonga la referida indefinición jurídica de la situación del terreno a que se refiere la licencia anulada. Y a su vez, aquel rendimiento podría calcularse sobre la base de dos coeficientes referidos en el propio TRLSRU, la tasa libre de riesgo y prima de riesgo, aplicados a la inversión que justificadamente se acredite realizada⁴⁶. De manera que, mientras dure la indefinición jurídica, no resultará posible la obtención de indemnización alguna por cuantificación de los gastos en que se ha incurrido, pero sí por cuantificación del rendimiento dejado de obtener merced a la realización de aquella inversión.

La naturaleza del daño ocasionado y la cuantificación de este —y por tanto, de la indemnización a satisfacer—, como puede observarse, son cues-

⁴⁵ Sobre el funcionamiento del principio de confianza legítima en el supuesto indemnizatorio objeto de estudio, véase *supra* epígrafe 2.1.

⁴⁶ Sobre la tasa libre de riesgo y prima de riesgo como coeficientes de posible aplicación a efectos de cuantificación de la frustración de la inversión, véase *infra* epígrafe IV.2.

tiones que guardan directa relación, de manera que la precisa determinación de aquella se traduce en un concreto modo de cuantificación del daño. Sobre este particular se profundiza a continuación.

IV. LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO: EL CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN

1. LA VINCULACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL SUPUESTO INDEMNIZATORIO Y EL CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN

Llegados a este punto, con los fundamentales elementos de juicio ya expuestos, es posible abordar el análisis de la esencial traducción aplicativa de la configuración del supuesto indemnizatorio aquí estudiado, la anulación de título habilitante, que no es otra sino la determinación de la indemnización a percibir por el titular afectado por la anulación.

Según se ha dicho más arriba, resulta decisiva a estos efectos la concreción de la naturaleza jurídica de cada supuesto indemnizatorio, puesto que de tal concreción derivará un específico modo de calcular la indemnización⁴⁷. Y en relación con ello, se adelantó en su momento que de ello se extraerá —de acuerdo con la jurisprudencia— la vinculación o correspondencia, en atención a esa naturaleza, de concretos supuestos indemnizatorios con concretos preceptos del TRLSRU relativos a valoración y cálculo de la indemnización.

En efecto, debe recordarse en este momento que la anulación de título habilitante constituye un supuesto indemnizatorio de naturaleza o carácter resarcitorio, por comparación con el resto de supuestos, y especialmente por comparación con la alteración anticipada de planeamiento y la revocación de títulos habilitantes producida como consecuencia de dicha alteración (apdos. a) y c) art 48 TRLSRU), supuestos estos de raíz expropiatoria. La trascendencia de esta diferente conceptualización jurídica es indudable, en la medida en que el cálculo de la indemnización en los supuestos de raíz expropiatoria obligará a valorar la *privación* en sí misma considerada, esto es, obligará a calcular el valor del mismo derecho —o facultad— de la que se ha visto privado el sujeto afectado. Y ello no se traduce sino en que en estos supuestos de raíz expropiatoria el cálculo de la indemnización ha de realizarse sobre la base —en el entendido, claro está, de suelos para los que se hubiese previsto su transformación— de lo dispuesto en los actuales arts. 38 y 39 TRLSRU, que regulan el modo de cuantificación de la facultad de participar en actuaciones

⁴⁷ Véase *supra* epígrafe II.

de nueva urbanización, así como la iniciativa y promoción de actuaciones de urbanización y edificación⁴⁸. Se trata, como pone de manifiesto Martínez de Pisón, de la valoración de la *misma facultad* en estadios distintos de desarrollo, esto es, «con la única variante consistente en que la ejecución de la actuación urbanizadora ya se ha iniciado»⁴⁹, en el caso de la indemnización de la iniciativa y promoción de actuaciones de urbanización y edificación del art. 39 TRLSRU⁵⁰.

Sin embargo, en el supuesto de indemnización por anulación de título habilitante, al no existir, según ha sido expuesto ya, privación de facultad nin-

⁴⁸ La clara referencia de estos preceptos a la valoración de la facultad ínsita en el contenido del derecho trasluce en la exposición de motivos (VI) del antiguo TRLS/2008, donde se afirma que: «En los casos en los que una decisión administrativa impide participar en la ejecución de una actuación de urbanización, o altera las condiciones de ésta, sin que medie incumplimiento por parte de los propietarios, *se valora la privación de dicha facultad en sí misma*, lo que contribuye a un tratamiento más ponderado de la situación en la que se encuentran aquéllos».

⁴⁹ I. Martínez de Pisón Aparicio, «Artículo 26», en J. González Pérez (dir.), *Comentarios a la Ley de Suelo...*, *op. cit.*, pág. 985.

⁵⁰ Y una facultad en cuya valoración se toma en consideración la edificabilidad asignada, al constituir uno de los elementos de la operación a realizar, el valor del terreno si estuviese finalizada la operación (es decir, utilizando la expresión tradicionalmente empleada por la jurisprudencia, si ya se hubiese patrimonializado aquella edificabilidad). Así, el vigente art. 39 TRLSRU dispone que:

«1. Cuando devengan inútiles para quien haya incurrido en ellos por efecto de la disposición, del acto o del hecho que motive la valoración, los siguientes gastos y costes se tasarán por su importe incrementado por la tasa libre de riesgo y la prima de riesgo:

a) Aquellos en que se haya incurrido para la elaboración del proyecto o proyectos técnicos de los instrumentos de ordenación y ejecución que, conforme a la legislación de la ordenación territorial y urbanística, sean necesarios para legitimar una actuación de urbanización, de edificación o de conservación o rehabilitación de la edificación.

b) Los de las obras acometidas y los de financiación, gestión y promoción precisos para la ejecución de la actuación.

c) Las indemnizaciones pagadas.

2. Una vez iniciadas, las actuaciones de urbanización se valorarán en la forma prevista en el apartado anterior o en proporción al grado alcanzado en su ejecución, lo que sea superior, siempre que dicha ejecución se desarrolle de conformidad con los instrumentos que la legitimen y no se hayan incumplido los plazos en ellos establecidos. Para ello, al grado de ejecución se le asignará un valor entre 0 y 1, que se multiplicará:

a) Por la diferencia entre el valor del suelo en su situación de origen y el valor que le correspondería si estuviera terminada la actuación, cuando la disposición, el acto o hecho que motiva la valoración impida su terminación.

guna, sino *quebrantamiento de la confianza legítima generada por el título anulado*, no resultará posible la aplicación de los referidos arts. 38 y 39 TRLSRU —y especialmente este último, toda vez que se parte de la existencia de título habilitante otorgado, y posteriormente anulado—, relativos a la valoración de una facultad ínsita en el derecho de propiedad del suelo sujeto a operaciones de transformación. En estos supuestos, por el contrario, habrá de valorarse aquel quebrantamiento de la confianza generada, y no ya facultad ninguna, que ni ha sido objeto de privación ni por principio existía en el contenido del derecho.

En relación con lo que acaba de decirse, ya se advirtió más arriba de la confusión en no pocas ocasiones existente entre los supuestos indemnizatorios recogidos en el hoy art. 48 TRLSRU, confusión perceptible especialmente a efectos de cálculo de la indemnización. Ejemplo reciente de lo que acaba de decirse es la ya citada Sentencia de 24 de enero de 2018 (rec. cas. 2291/2016), donde se analiza el alcance del *quantum* indemnizatorio en un supuesto de anulación de licencias urbanísticas, que hubo de conducir a la demolición de lo ejecutado. En efecto, el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, conocedor del asunto en instancia, consideró de aplicación al citado supuesto el entonces art. 26 TRLS/2008 (actual art. 39 TRLSRU), esto es, consideró

b) Por la merma provocada en el valor que correspondería al suelo si estuviera terminada la actuación, cuando sólo se alteren las condiciones de su ejecución, sin impedir su terminación».

Y el art. 38.2 TRLSRU establece que:

«La indemnización por impedir el ejercicio de la facultad de participar en la actuación o alterar sus condiciones será el resultado de aplicar el mismo porcentaje que determine la legislación sobre ordenación territorial y urbanística para la participación de la comunidad en las plusvalías de conformidad con lo previsto en la letra b) del apartado primero del artículo 18 de esta ley:

a) A la diferencia entre el valor del suelo en su situación de origen y el valor que le correspondería si estuviera terminada la actuación, cuando se impida el ejercicio de esta facultad.

b) A la merma provocada en el valor que correspondería al suelo si estuviera terminada la actuación, cuando se alteren las condiciones de ejercicio de la facultad».

Téngase en cuenta, en todo caso, y según ya se ha advertido más arriba, que la STC 218/2015, de 22 de octubre, declaró inconstitucional y nulo el art. 25.2 a) TRLS\2008 (actual art. 39 TRLSRU), por cuanto la aplicación del porcentaje de participación de la comunidad en las plusvalías (porcentaje de cesión obligatoria) a la diferencia entre el valor del suelo si estuviese terminada la urbanización y el valor actual «no garantiza en todo caso el proporcional equilibrio que debe existir entre la compensación prevista en la Ley y el contenido real de la facultad de la que se ve privado el propietario».

que la indemnización habría de calcularse sobre la base de la valoración de la «iniciativa y promoción de actuaciones de urbanización o de edificación». Algo que el Tribunal Supremo rechazará en sede de casación, precisamente en atención a la específica naturaleza de la indemnización por anulación de licencia como supuesto de raíz resarcitoria. Así, el Tribunal Supremo recuerda que el entonces art. 26 TRLSR/2008, «todo él», se refiere a la determinación de:

[...] la compensación económica, vía determinación del justiprecio a que tendría derecho el propietario de terrenos *respecto de los cuales el planeamiento hubiese reconocido el derecho a participar en la ejecución de actuaciones de urbanización o de edificación* a que se refieren los párrafos 3 c) y 5 b) del artículo 8 del Texto Refundido, en relación con el artículo 14 [actuales 13.2 c) y 14 y 7) TRLSRU].

Y esto recordado, señala que:

[...] *en puridad de principios, la recurrente en la instancia, su causante, no tenía derecho a la transformación ni a la edificación de los terrenos, que es, no puede ignorarse, el presupuesto de la norma de valoración que se contienen en el art. 26 que centra el debate.*

[...] si se parte de que no existía ese derecho a la edificación o, lo que es igual, que ese derecho era ilegal, como a la postre se ha declarado, *resulta evidente que no puede pretender ser resarcida de un derecho que no ostentaba* porque, en otro caso, se produciría [...] un enriquecimiento no ya sin causa, sino ilegítimo.

Inexistencia de derecho ninguno a la transformación, por tanto, habida cuenta de la declaración de disconformidad a derecho del título habilitante que amparaba aquella, y que constituye el punto de partida del supuesto indemnizatorio aplicado⁵¹. Una inexistencia que impide que el precepto al que haya que recurrir a efectos de cálculo de la indemnización sea, precisamente, el precepto que regula la valoración de aquella facultad de transformación, esto es, el vigente art. 39 TRLSRU. Es por ello que el Tribunal Supremo afirmará que:

Debe distinguirse entre expropiación, que es a lo que se refiere el artículo 26 [actual art. 39 TRLSRU], en que se priva al propietario de una facultad ya reconocida, de los supuestos de indemnización, cuya finalidad es la de resarcir el

⁵¹ Ello habría de ser así, de acuerdo con la jurisprudencia, tanto en el caso de licencia otorgada contra plan como en el caso de licencia conforme al plan que posteriormente es anulado, sin perjuicio de que en este último caso, como ha sido ya expuesto, surjan importantes dudas de base, relativas al auténtico alcance de los efectos a que habría de dar lugar la anulación del plan.

daño ocasionado. *En la expropiación se ha de valorar el derecho expropiado, en la indemnización, los gastos.*

De manera que, presentando los supuestos de anulación de título habilitante naturaleza resarcitoria, el precepto de aplicación a efectos de cálculo de la indemnización habrá de ser, siguiendo al Tribunal Supremo, el art. 41 b) TRLSRU. En este sentido, según el citado órgano judicial, constituyendo la anulación de título habilitante:

[...] un *supuesto típico de responsabilidad patrimonial* de las Administraciones Públicas, en su esquema y estructura tradicional regulada, al momento de autos, en los artículos 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [hoy arts. 32 y ss. LRJSP], si bien con reflejo en el artículo 35 d) del Texto Refundido de la Ley del (sic.) Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, como un supuesto del «derecho de indemnización», *cuyo régimen de resarcimiento encuentra acomodo en el artículo 28 2º (sic.)* —el primero está referido a los supuestos de existencia de derechos urbanísticos— del mismo Texto Refundido [hoy, art. 41 b) TRLSRU], que remite a la legislación general de expropiación forzosa.

En efecto, el vigente art. 41 b) TRLSRU dispone que:

La valoración se realiza, en todo lo no dispuesto en esta ley:

a) Conforme a los criterios que determinen las Leyes de la ordenación territorial y urbanística, cuando tenga por objeto la verificación de las operaciones precisas para la ejecución de la ordenación urbanística y, en especial, la distribución de los beneficios y las cargas de ella derivadas.

b) Con arreglo a los criterios de la legislación general de expropiación forzosa y de responsabilidad de las Administraciones Públicas, según proceda, en los restantes casos.

Aplicación, por tanto, del régimen general de responsabilidad patrimonial a efectos de cálculo de la indemnización. Y una aplicación del régimen general que conduce al Tribunal Supremo a *limitar el alcance de la indemnización a los gastos en que efectivamente se hubiese incurrido al amparo del título anulado*. Una limitación que no constituye novedad alguna en la doctrina del citado tribunal. Así, ya en la Sentencia de 28 de mayo de 1997 (rec. cas. 4189/1996) se afirmó que:

[...] la imposibilidad de obtener los beneficios esperados de la edificación frustrada, en caso de anulación de la licencia, obedece al carácter contrario al ordenamiento jurídico de ésta al que objetivamente responde aquella anulación, *de*

tal suerte que sólo son indemnizables los perjuicios consistentes en los gastos que la expectativa suscitada por el otorgamiento indebido de la licencia pudo ocasionar.

En conclusión, y volviendo a la Sentencia de 24 de enero de 2018 (rec. cas. 2291/2016), caso de anulación de título habilitante:

[...] ni existe derecho de participar en proceso de actuación urbanizadora ni edificatoria por la perjudicada ni puede valorarse dichos derechos con indemnización alguna, sino que *esta debe calcular con los gastos real y efectivamente realizados, acorde con el concepto acuñado por la jurisprudencia sobre «la plena indemnidad o reparación integral de los daños y perjuicios ocasionados»⁵².*

2. CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN Y PRINCIPIO DE INDEMNIDAD. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

2.1. Anulación de título habilitante y principio de indemnidad

Expuesto cómo la separación conceptual de los supuestos indemnizatorios del art. 48 TRLSRU encuentra su traducción aplicativa en el diferente modo de cuantificación de la indemnización, correspondiendo, según el caso, la aplicación de distintos preceptos de la ley a efectos de cuantificación, cabe, sin embargo, reflexionar acerca del modo en que jurisprudencialmente se limita el alcance de la indemnización en el supuesto de anulación de título habilitante.

Y es que, según ha sido expuesto, atendida la naturaleza resarcitoria de dicho supuesto indemnizatorio, el Tribunal Supremo rechaza la aplicación del vigente art. 39 TRLSRU, desplazando la atención a estos efectos al art. 41 b) del mismo texto legal. Debe recordarse en este momento que el art. 39 TRLSRU contempla la valoración de la iniciativa y promoción de actuaciones de urbanización o edificación, configurando como alternativos dos métodos distintos, a saber, bien por cuantificación de los costes en que se haya incurrido en la transformación (elaboración del proyecto, obras acometidas, financiación, gestión y promoción e indemnizaciones pagadas), incrementados por la tasa libre de riesgo y prima de riesgo (apdo. primero), bien (dicho sintéticamente)

⁵² Y añade que «la sociedad que acometió la edificación tiene derecho al resarcimiento de los gastos, de todos los gastos, ocasionados con la edificación de unas viviendas que además tuvo que demoler y, por ello, tanto los generados con la construcción como con la demolición, *pero sólo a esos gastos sin reconocimiento alguno de resarcimiento de facultades urbanísticas de las que nunca fue titular legítimo*».

por aplicación de determinado coeficiente (entre 0 y 1) a la diferencia en el valor del suelo antes y después de finalizar la operación.

Más allá de la valoración que pueda merecer la configuración de estos dos métodos como alternativos⁵³, el cabal rechazo por parte del Tribunal Supremo de la aplicación del art. 39 TRLSRU, tratándose de indemnización por anulación de título habilitante, lleva al citado órgano judicial a limitar el alcance de aquella a los gastos en que efectivamente se haya incurrido, sin aplicación a los mismos de tasa ninguna tendente a su incremento. Y ello atendido lo dispuesto en el art. 41 b) TRLSRU, que remite al régimen general de responsabilidad patrimonial en materia de cálculo de la indemnización resarcitoria. Así, en la ya citada Sentencia de 24 de enero de 2018 (rec. cas. 2291/2016) el Tribunal Supremo afirmará que la atención a los «gastos en que *efectivamente se haya incurrido*» constituye «el criterio que cabe aplicar cuando de un supuesto de responsabilidad patrimonial se trate».

Ahora bien, cabe preguntarse si del art. 41 b) TRLSRU debe necesariamente colegirse una tal limitación, esto es, la circunscripción de la indemnización a los gastos en que efectivamente se haya incurrido, sin incremento ninguno, ni consideración a factor adicional alguno. Y es que el régimen general de responsabilidad patrimonial, al que se remite aquel precepto, se encuentra presidido, como ha sido puesto de manifiesto en innumerables ocasiones por la jurisprudencia, por el *principio de plena indemnidad*. El sujeto afectado, por tanto, ha de *quedar indemne* merced a la indemnización resarcitoria. Esto recordado, ¿queda indemne el titular afectado por la anulación de su título si, tras la verificación de operaciones diversas, e incluso tras la edificación y demolición de lo edificado, recibe en concepto de indemnización resarcitoria exclusivamente el importe de los gastos en que haya incurrido y haya podido acreditar?

No resulta posible responder afirmativamente a tal interrogante, en la medida en que la ejecución de obras de urbanización y edificación no deja de constituir una inversión, que como tal, y en términos puramente económicos, implica la obtención, en determinado horizonte temporal, de un rendimiento o rentabilidad, rendimiento que resultará frustrado por causa de la anulación del título habilitante. De manera que partiendo de la base de la existencia de

⁵³ Y no como cumulativos, según pone de manifiesto Martínez de Pisón, afirmando que la indemnización por los gastos en que se haya incurrido que devienen inútiles, recogida hoy en el art. 39.1 TRLSRU, es «compatible con la prevista por el artículo 25 [actual art. 38 TRLSRU] o por ésta del artículo 26.2 [actual art. 39.2 TRLSRU] en tanto que en estos dos supuestos se indemniza la pérdida de la posibilidad de obtener plenamente el valor que corresponde a un suelo urbanizado conforme, además, a las condiciones inicialmente determinadas» («Artículo 26», *op. cit.*, pág. 1147).

responsabilidad patrimonial por la anulación del título habilitante, habida cuenta de la confianza legítima con que el titular actuó al acometer la inversión⁵⁴, y por tanto de la inexistencia de deber jurídico de soportar el daño, la frustración del rendimiento económico debería asimismo contar con su correspondiente reflejo en la cuantificación de la indemnización, por tratarse, en efecto, de un daño de naturaleza patrimonial, de carácter *efectivo*, y de obligado resarcimiento atendido el principio de indemnidad.

2.2. Pérdida de oportunidad y cuantificación de la indemnización

Puesta de manifiesto la imposibilidad, en lógica aplicación del principio de indemnidad, de que la indemnización resarcitoria quede circunscrita exclusivamente a los gastos en que efectivamente se haya incurrido al amparo del título posteriormente anulado, con necesaria atención, asimismo, al rendimiento frustrado —frustración de la inversión—, las dudas surgen inmediatamente tanto en lo que se refiere a la calificación jurídica de este concepto indemnizatorio como en lo relativo a su cuantificación. Cuestiones, por lo demás, estrechamente relacionadas entre sí.

Debe precisarse, en todo caso, que el objeto de atención a efectos de inclusión como concepto indemnizatorio en el *quantum* total de la indemnización, lo constituye la frustración de la inversión realizada. Por tanto, no habrá de venir representado por el aprovechamiento o edificabilidad autorizada por el título anulado, que por su disconformidad a derecho ni puede considerarse (según ha sido ya puesto de manifiesto) integrante del patrimonio jurídico del titular afectado, ni objeto de privación en sentido técnico. Es este el sentido en que no parece posible manejar a los efectos señalados —determinación del concepto indemnizatorio— la idea de lucro cesante, al no proceder la toma en consideración del valor o producto final de la operación urbanizadora.

Una imposibilidad de consideración del producto final de la operación que ha sido puesta de manifiesto en diversas ocasiones por la jurisprudencia. Así, entre muchas otras, en la Sentencia de 27 de mayo de 2008 (rec. cas. 1678/2004) el Tribunal Supremo afirma que:

[...] es lo cierto que no pueda computarse como lucro cesante a efectos indemnizatorios, el beneficio que se pensaba obtener de una actividad ilícita, aunque haya mediado autorización administrativa para tal actividad, posteriormente anulada, y ello por dos razones, primera porque tal beneficio es antijurídico, por derivar de una actividad permitida [sic.] por la Ley y en consecuencia el sujeto

⁵⁴ En el bien entendido de titular de buena fe, lo que impediría la entrada en juego de la *exceptio doli*.

está obligado a acatar tal prohibición, y en definitiva la privación de tal beneficio no es imputable a la actividad administrativa, sino al mandato de la Ley y segunda, porque el reconocimiento de tal lucro supondría la consolidación a favor del sujeto, del efecto económico-material de una actividad cuya ilicitud, en cuanto derivada de la norma de carácter general debió conocer de antemano, sin que este planteamiento resulte afectado por la deficiente actuación administrativa⁵⁵.

Imposibilidad, por tanto, de incorporación a la indemnización por anulación de título habilitante del lucro cesante, representado éste por la ganancia dejada de obtener por el impedimento del ejercicio de una actividad ilícita. Debiendo insistir, en todo caso, en que lo que aquí se propugna es la inclusión en la indemnización, no ya de la ganancia dejada de obtener, sino de la frustración de la inversión, tampoco esta podría, de acuerdo con lo dicho, calcularse en función de aquella ganancia. De ahí que, como se ha señalado, el concepto de lucro cesante no encuentre a estos efectos el necesario acomodo técnico, al referirse, como es sabido, a la ganancia dejada de obtener, y por tanto al cálculo del lucro en función de la ganancia final esperada.

Atendida la inaptitud, en el sentido expuesto, del concepto de lucro cesante a efectos de incorporación en la indemnización resarcitoria de la frustración de la inversión realizada, sí parece que esta encuentre mejor encaje y acomodo en la noción de pérdida de oportunidad. En efecto, referida la pérdida de oportunidad, en materia de responsabilidad patrimonial, a la incertidumbre sobre el posible devenir de los acontecimientos por razón de la actividad administrativa a que se anuda la producción del resultado lesivo⁵⁶, es posible sostener que el otorgamiento del título habilitante, seguido de su anulación, ha impedido el desarrollo por el sujeto lesionado de otra u otras inversiones, que en este caso sí hubiesen podido generar rentabilidad⁵⁷. De manera que no se trataría ya de resarcir y cuantificar la pérdida de rentabilidad de la operación sustentada en el título anulado, *sino de resarcir la pérdida de la*

⁵⁵ Con cita de las SSTs de 2 de octubre de 1999 (rec. cas. 2294/1994) y de 8 de mayo de 1997 (rec. cas. 4189/1996).

⁵⁶ En esta materia es obligada la referencia al trabajo de L. Medina Alcoz (2007), *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de Daños público y privado*, Madrid: Civitas. Véase también E. Cobrer Mendazona (2014), «La pérdida de oportunidad procesal como daño indemnizable por el Estado», en J. E. Soriano García (dir.) (2014), *Por el Derecho y la Libertad. Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, vol. II, Iustel, págs. 1669 y ss.

⁵⁷ Pudiendo trasladar a este contexto la conocida como pérdida de oportunidad comercial (véase Medina Alcoz, *La teoría de la pérdida de oportunidad... op. cit.*, págs. 71-72).

oportunidad de haber verificado otra inversión, y por tanto de haber obtenido determinada rentabilidad, inversión esta hipotética que se hubiese realizado probablemente de no haber legítimamente confiado el sujeto lesionado en el título posteriormente anulado⁵⁸.

En la línea de lo dicho, Medina Alcoz señala que «quien tiene la expectativa de conseguir una ventaja puede realizar inversiones o gastos, estancar capitales o descartar otras alternativas lucrativas para preparar la situación ventajosa anhelada», de manera que la defraudación de esa expectativa habría de traducirse «en la obligación de reparar, no la pérdida de la ganancia esperada (el denominado interés positivo: *positives Interesse*), sino los daños ligados a los actos de disposición realizados o dejados de realizar por el sujeto frustrado»⁵⁹. La frustración, por tanto, de la inversión realizada al amparo del título anulado, según se ha descrito, encaja plenamente en este discurso argumentativo, cuyo acomodo técnico no es otro sino la pérdida de oportunidad.

El problema, ahora bien, del recurso a la referida doctrina, viene a ser el de la cuantificación de la pérdida, esto es, la determinación del *quantum* en que la misma haya de traducirse a efectos resarcitorios⁶⁰, principal problema este, como es sabido, que suscita la doctrina de la pérdida de oportunidad. Sin embargo, no es descartable que esa cuantificación pueda pasar, precisamente, por la aplicación al valor de los gastos y costes en que efectivamente se ha incurrido, de índices como la tasa libre de riesgo y prima de riesgo, referidas en el actual art. 39.1 TRLSRU⁶¹. Y ello en la medida en que, si bien con

⁵⁸ A la pérdida de oportunidad alude también Iglesias González, si bien en relación a la nulidad sobrevenida del planeamiento, y en concreto a la «pérdida de la oportunidad de un desarrollo urbanístico por parte del promotor» causada por aquella («Responsabilidad patrimonial por nulidad de planeamiento», *op. cit.*, pág. 374). Alude asimismo a la pérdida de oportunidad Baño León, en *Derecho urbanístico común*, *op. cit.*, pág. 444.

⁵⁹ Y continúa señalando que «la expectativa tiene relevancia, pero no porque sea un daño indemnizable en estos casos, sino porque constituye el estado psicológico propiciado por el sujeto desleal que condiciona negativamente las operaciones económicas de la víctima», lo que explica que «el objeto de la indemnización no [sean] las expectativas, sino las pérdidas derivadas de esas operaciones» (*La teoría de la pérdida de oportunidad...*, *op. cit.*, págs. 465-466).

⁶⁰ Toda vez que este sería el caso de empleo de la teoría de la pérdida de oportunidad, siguiendo a Cobrerros Mendazona, como «elemento de ponderación cuantitativa de la indemnización a otorgar, de manera que, cuanto más sería y probable sea [la pérdida], mayor debe ser la indemnización» («La pérdida de oportunidad procesal...», *op. cit.*, pág. 1672).

⁶¹ El art. 22.3 del Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Valoraciones de la Ley de Suelo, identifica la tasa libre de riesgo en la última referencia publicada por el Banco de España del rendimiento interno en

esta operación se considera la inversión efectivamente realizada (y no la que hipotéticamente pudo haberse realizado), se atiende al riesgo inherente a la misma, al aplicar los índices señalados a los gastos y costes en que se hubiera incurrido, considerándose, por tanto, el *plus* que en términos económicos viene a representar la verificación de la inversión⁶². Frustrada esta, y actualizado aquel riesgo —por causas no imputables al sujeto lesionado—, no parece descartable la atención a ese *plus* a efectos de resarcimiento por la pérdida de oportunidad de verificación de otra operación de similar rentabilidad.

Posible recurso, en fin, de la tasa libre de riesgo y prima de riesgo, que procedería, debe advertirse, no ya por aplicación del art. 39.1 TRLSRU, relativo a la valoración de una facultad (transformación urbanística) de la que carece el sujeto afectado por la anulación del título, sino por aplicación del art. 41 b) del mismo texto legal, que remite a las reglas generales de determinación de la indemnización resarcitoria. Unas reglas generales presididas por el principio de plena indemnidad, que obliga a incorporar al *quantum* indemnizatorio el tanto debido por frustración de la inversión realizada, concebida como pérdida de oportunidad de la obtención de rentabilidad.

En todo caso, no parecen vislumbrarse consideraciones de este tipo en la jurisprudencia existente en materia de indemnización por anulación de título habilitante. Una jurisprudencia que a los efectos aquí señalados queda centrada por lo general —atendido, por supuesto, el *petitum* de las partes—, y sobre la base del requisito de la efectividad del daño, en las dificultades inherentes al manejo del concepto de lucro cesante, habida cuenta de la disconformidad a derecho de la operación sustentada por el título anulado.

el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años. Respecto a la prima de riesgo, el mismo precepto dispone que se fijará en función de los usos y tipologías atribuidos por la ordenación urbanística, tomando como referencia los porcentajes que el propio Reglamento recoge en su Anexo IV.

⁶² Si bien sin referencia expresa a la teoría de la pérdida oportunidad, Menéndez Sebastián afirma respecto de la tasa libre de riesgo y prima de riesgo que «se trata de suplir de alguna manera, aunque evidentemente no de forma total, sino en un cierto porcentaje, aquellos beneficios que ha dejado de percibir [el promotor] —lo que podría justificarse en que mientras acometió este proyecto ha dejado de realizar otros—» (*Los supuestos indemnizatorios...*, *op. cit.*, pág. 176).

