



Roj: **STS 661/1996 - ECLI:ES:TS:1996:661**

Id Cendoj: **28079130061996100516**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **05/02/1996**

Nº de Recurso: **2034/1993**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE MANUEL SIEIRA MIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Febrero de mil novecientos noventa y seis.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo Sección Sexta, constituida por los señores al margen anotados, el recurso de casación que con el número 2034/93 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la Procuradora Doña Cayetana de Zulueta Lechsinger en nombre y representación de Doña Nuria , contra la Sentencia de fecha 25 de Noviembre de 1992 dictada en recurso número 538/91 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Siendo parte recurrida el Procurador Sr. Reynolds de Miguel en nombre y representación del Consejo General de Colegio Oficial de Farmacéuticos de España

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene la parte dispositiva del siguiente tenor: "FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora Doña Cayetana de Zulueta Luchsinger en nombre y representación de Doña Nuria contra la resolución del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmaceúticos acordada en reunión del Pleno del mismo de fecha 13 de diciembre de 1990, debemos declara y declaramos la conformidad de la misma con el ordenamiento jurídico. Sin costas"

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia la representación procesal de Doña Nuria presentó escrito ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid preparando el recurso de casación contra la misma. Por Providencia de fecha 11 de Marzo de 1993 la Sala tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, admitiéndolo y emplazando a las partes para que comparezcan ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, la parte recurrente, se personó ante esta Sala y formuló escrito de interposición del recurso de casación, expresando los motivos en que se ampara, solicitando se dicte Sentencia por la que se declare haber lugar al recurso, casando la sentencia de instancia y declarando haber lugar a la percepción de indmenización por mi representada, a cargo del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmaceúticos, en la cantidad de sesenta millones, ochocientas cincuenta y dos mil cuatrocientas setenta y siete pesetas, con más las que resultan de la actualización desde la fecha del 10 de septiembre de 1990 en que se reclamó del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmaceúticos la indemnización procedente, hasta la de la sentencia, con expresa imposición a la parte recurrida de la condena al pagos de las costas causadas en la primera instancia.

CUARTO.- Teniendo por interpuesto el recurso de casación por esta Sala, se emplaza a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días, formalice escrito de oposición.

QUINTO.- Por la parte recurrida se presenta el escrito de oposición al recurso interpuesto, en el que tras impugnar los motivos del recurso de casación en virtud de las razones que estimó procedentes, terminó suplicando a la Sala dicte Sentencia declarando no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña Nuria , confirmando el Acuerdo de la Audiencia de Madrid con expresa imposición de costas a la parte recurrente.



SEXTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para vista el día UNO DE FEBRERO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Un único motivo de casación se articula por el recurrente, al amparo del artículo 95.1.4 de la Ley de la Jurisdicción, al estimar que la sentencia recurrida infringe la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la interpretación y aplicación de los artículos 106 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, reguladores de la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, en cuanto esta doctrina establece el carácter objetivo de tal responsabilidad, ya que, afirma, sufre unos perjuicios que, dado el carácter antijurídico de la actuación administrativa, no viene obligado a soportar.

Concretado así el motivo de casación articulado y antes de entrar en el examen del caso concreto que nos ocupa, conviene hacer algunas consideraciones sobre el alcance del artículo 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado que se cita como infringido en relación con el 106 de la Constitución y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, reguladores todos ellos del instituto de la Responsabilidad Patrimonial, así como afirmar, como ya lo hace la sentencia de instancia, que el Consejo General de Colegios Farmacéuticos está sujeto a las normas sobre régimen jurídico de las administraciones públicas, incluida la responsabilidad patrimonial, en cuanto ejerce, como es el caso, potestades administrativas, tal y como se infiere de lo dispuesto en Disposición Transitoria Primera en concordancia con el artículo 2.2 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento Administrativo Común, al tiempo que el artículo 1.2.c de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo establece que se entenderán como Administraciones Públicas a los efectos de esta Ley Las Corporaciones o Instituciones Públicas sometidas a la tutela del Estado o de alguna Entidad Local, relación tutelar que existe entre los Colegios Profesionales y la Administración del Estado a través del Ministerio correspondiente.

En primer lugar ha de resaltarse que el principio de Responsabilidad Patrimonial proclamado en el artículo 106 de la Constitución, en cuanto establece que "los particulares, en los términos establecido por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes o derechos, salvo casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos", conlleva un derecho de los llamados de configuración legal. Es decir, que no se trata de un derecho que derive directamente de la Constitución, sino que exige la interposición de una Ley, y es exigible, no en los términos abstractos establecidos en la Constitución, sino en los términos concretos en que figure en la Ley ordinaria que lo regule, porque tras la primera coma del párrafo transcrito se reconoce el derecho "en los términos establecidos por la Ley".

Por consiguiente el debate no es un debate de Derecho Constitucional y por tanto, por imperativo del artículo 9.3 de la Constitución, en cuanto garantiza la seguridad jurídica, en relación con el artículo 2 del Código Civil, que en su apartado tercero establece que las Leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario, habrá de centrarse sobre la normativa vigente al momento de producirse los hechos de los que pretende hacerse derivar la responsabilidad patrimonial que se invoca, que en este caso esta integrada por el citado artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa invocados por el recurrente.

SEGUNDO.- Entrando ya en el análisis de los preceptos citados y más concretamente del artículo 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, vigente en la fecha a que vienen referidos los hechos, ha de recordarse que el precepto en cuestión dispone que "la simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales Contenciosos de las resoluciones administrativas no presupone derecho a indemnización".

El precepto que acabamos de transcribir sólo puede ser entendido en el sentido de que la obligación de indemnizar no es consecuencia obligada de la simple anulación de las resoluciones administrativas, sin que ello suponga obstáculo para que tal derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido cuando se cumplan los restantes requisitos del artículo 40 a que nos referiremos, a saber, daño efectivo individualizado y evaluable económicamente, nexo causal entre el actuar de la administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia de deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo. Por ello no cabe interpretar el precepto que nos ocupa con tesis maximalistas de uno y otro sentido, como si dijera que de la anulación de una resolución administrativa no cabe nunca derivar responsabilidad patrimonial de la Administración, ni tampoco cabe afirmar que siempre se producirá tal responsabilidad. Como recoge la memoria del Consejo de Estado del año 1990, "el artículo 40 que examinamos sólo dice que "no presupone", es decir, que no se da por supuesto el derecho a la indemnización, lo que implica tanto como dejar abierta



la posibilidad de que, no siendo presupuesto, sea o no supuesto del que se sigan efectos indemnizatorios si concurren los requisitos establecidos legalmente", requisitos a los que antes nos hemos referido.

Lo hasta aquí señalado resulta conforme con la línea marcada por la sentencia de este Tribunal en Sentencia de fecha 20 de Febrero de 1989 que, afirmando la tesis de que la responsabilidad del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado es una responsabilidad objetiva que no precisa en consecuencia de un actuar culposo o negligente del agente, expresamente rechaza la tesis de lo que se ha denominado "margen de tolerancia", rechazo que reiteramos por las razones expuestas en la citada sentencia en el sentido de que tal tesis, que pudiere ser aplicada en casos extremos, pugna con la declaración constitucional del artículo 106 que reconoce a los ciudadanos, en los términos establecidos en la Ley, el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; ello porque como continua diciendo la sentencia de referencia en todos los procesos se discute con más o menos fundamento para la oposición y de esta forma se constituiría en excepción lo que viene establecido como norma general, de tal manera que si bien la mera anulación de resoluciones administrativas no presupone el derecho a la indemnización en el sentido que anteriormente señalábamos de darlo por supuesto, sí puede ser supuesto de tal indemnización en aquellos casos en que tal anulación produjo unos perjuicios individualizados y evaluable económicamente que el ciudadano no viene obligado a soportar, no siendo, por tanto, el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión al existir causas de justificación en el productor del daño, esto es en el actuar de la Administración.

TERCERO.- De lo hasta aquí dicho ha de concluirse el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración como consecuencia de la anulación de resoluciones administrativas tanto en vía jurisdiccional como en vía administrativa, siempre y cuando concurren los requisitos para ello, ya que el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, como vimos, no establece un principio de exoneración de la responsabilidad de la Administración en los supuestos de anulación de resoluciones administrativas, sino que afirma la posibilidad de que tal anulación sea presupuesto inicial u originador para que tal responsabilidad pueda nacer siempre y cuando se den los restantes requisitos exigidos con carácter general para que opere el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, requisitos cuya concurrencia, si se quiere, ha de ser examinada con mayor rigor en los supuestos de anulación de actos o resoluciones que en los de mero funcionamiento de los servicios públicos, en cuanto que estos en su normal actuar participan directamente en la creación de riesgo de producción de resultado lesivo; quizás por ello el legislador efectúa una específica mención a los supuestos de anulación de actos o resoluciones administrativas tratando así de establecer una diferencia entre los supuestos de daño derivado del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y aquellos otros en los que el daño evaluable e individualizado derive de la anulación de un acto administrativo, sin alterar por ello un ápice el carácter objetivo de dicha responsabilidad en uno y otro supuesto siempre que exista nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso producido, no concurriendo en el particular el deber jurídico de soportar el daño ya que en este caso desaparecería el carácter antijurídico de la lesión.

Avanzando en esta línea argumental, en principio parece claro que los efectos de daño evaluable e individualizado y nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado producido no ofrecen mayores peculiaridades en unos y otros supuestos, funcionamiento de servicios públicos y anulación de resoluciones administrativas, ya que la realidad del daño es un hecho objetivo invariable en ambos supuestos y la determinación de concurrencia de relación de causalidad responde a un proceso de razonamiento lógico-jurídico sujeto a los mismos criterios valorativos; en consecuencia el matiz diferencial, de existir, hemos de encontrarlo a la hora de efectuar el análisis valorativo de la concurrencia del tercero de los requisitos, antijuridicidad de la lesión, o lo que es lo mismo la ausencia de deber jurídico del ciudadano de soportar el daño producido, lo que nos permite, al abandonar el debate sobre la conducta de la Administración y trasladarlo al resultado, la antijuridicidad de la lesión, atendiendo a las peculiaridades del caso concreto y sin introducir, por tanto, el requisito de culpa o negligencia en la actuación jurídica de la Administración.

El deber jurídico de soportar el daño en principio parece que únicamente podría derivarse de la concurrencia de un título que determine o imponga jurídicamente el perjuicio contemplado, tal sería la existencia de un contrato previo, el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria siempre que de esta se derivasen cargas generales, o la ejecución administrativa o judicial de una resolución firme de tal naturaleza; esto que desde la perspectiva del funcionamiento de los servicios públicos aparece relativamente claro en su interpretación, se complica a la hora de trasladarlo a los supuestos de anulación de resoluciones administrativas.



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

El caso que contemplamos, sin embargo, no se agota en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales dentro de los parámetros que exige el artículo 9.3 de la Constitución, sino que ha de extenderse a aquellos supuestos, asimilables a estos, en que en la aplicación por la Administración de la norma jurídica al caso concreto no haya de atender solo 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. En tales supuestos es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y por tanto faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ello es así porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva sobre sus pretensiones, en los supuestos en que para ello haya de valorar conceptos indeterminados o la norma legal o reglamentaria remita a criterios valorativos para cuya determinación exista un cierto margen de apreciación, aun cuando tal apreciación haya de efectuarse dentro de los márgenes que han quedado expuestos, conlleva el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración siempre que se efectúe en la forma anteriormente descrita. Lo contrario podría incluso generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus resoluciones.

Lo hasta aquí razonado permite que en la valoración del caso concreto, función que necesariamente han de efectuar los Tribunales para poder dar una respuesta acorde a los intereses de la justicia en consonancia con las peculiaridades que concurren en cada supuesto sometido a su decisión, puedan operar, para la determinación de la concurrencia del requisito de antijuricidad de la lesión que se examina, datos de especial relevancia cual sería la alteración o no de la situación jurídica en que el perjudicado estuviera antes de producirse la resolución anulada o su ejecución, ya que no puede afirmarse que se produzca tal alteración cuando la preexistencia del derecho no puede sostenerse al estar condicionado a la valoración, con un margen de apreciación subjetivo, por la Administración de un concepto en si mismo indeterminado.

CUARTO.- Trasladando lo hasta aquí expuesto al supuesto concreto que nos ocupa, nos encontramos con que en el mismo estamos ante una solicitud de apertura de oficina de farmacia, no al amparo de los supuestos generales del artículo 3 del Decreto 909/78, sino precisamente con base en el supuesto excepcional del apartado 1.b del mismo, en el que se establece una excepción a la norma general de una farmacia por cada cuatro mil habitantes cuando la que se pretende instalar vaya a atender un núcleo de, al menos, dos mil habitantes.

A nadie se le oculta que el concepto núcleo de población es un concepto indeterminado y por ello ha sido uno de los que mayor discusión han generado desde el punto de vista jurídico a la hora de aplicar la legislación específica en materia de apertura de oficinas de farmacia, de tal manera que la valoración del concepto en cuestión ha sido objeto de constante evolución y matización a través de la doctrina jurisprudencial, de modo que si bien el supuesto general de una farmacia por cada cuatro mil habitantes no ofrece dudas relevantes, en cuanto se trata de un dato objetivo fácilmente acreditable, de forma que de concurrir puede hablarse sin género alguno de duda de preexistencia del derecho del administrado y alteración de su situación jurídica en caso de que su pretensión fuese denegada por la Administración, sin embargo no ocurre lo mismo en el supuesto excepcional que se plantea en el caso de autos, en el que, como decimos, la existencia del derecho y su concreta determinación por la Administración Corporativa depende no de la concurrencia de un dato objetivo sino de la valoración, necesariamente subjetivada, de un concepto indeterminado que forma parte integrante de la norma aplicable.

A lo anterior ha de unirse el hecho de que en el concreto caso que nos ocupa, la integración del concepto en cuestión aparece con mayor grado de indeterminación, por cuanto al concepto de núcleo se une la necesidad de apreciar la concurrencia de uno de los accidentes naturales a que se refiere la Orden Ministerial de 21 de



Noviembre de 1979 que, aun cuando su legalidad ha sido puesta en cuestión por este Tribunal, habría de servir como punto de referencia para conformar el concepto de núcleo; indeterminación que se pone especialmente de relieve tras la lectura del acta de inspección ocular llevada a cabo por el Colegio Farmacéutico en vía administrativa, en lo que tras afirmar la desaparición de los primitivos accidentes naturales, se afirma de forma absolutamente dubitativa la posibilidad de considerar como obstáculo la avenida existente con zona central ajardinada, razón esta por la que ha de concluirse que la valoración que se efectúa en la resolución anulada por parte de la Administración de los datos obrantes en su poder a efectos de integrar el concepto indeterminado contenido en la norma, se ha operado con arreglo a los criterios exigibles conforme a lo manifestado en los fundamentos anteriores para excluir la antijuricidad de la posible lesión, como lo confirma el hecho de que tal resolución se viese ratificada en la primera instancia jurisdiccional, afirmando la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 6 de Junio de 1987, que "la estructuración del viario y del tráfico peatonal y urbano, hace imposible hablar de separación dentro de la zona, o de cédulas o núcleos distintos, pues se trata de un conglomerado urbano, con todos los servicios comunes, siendo fácil los desplazamientos de un punto a otro, a través de aceras, pasos peatonales con señalización semafórica o policial", razones estas que nos han de llevar a la desestimación del único motivo de casación articulado por cuanto, sin perjuicio de mantener la doctrina de la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración tanto en los supuestos de funcionamiento de servicios públicos como en los de anulación de resoluciones administrativas, con rechazo de la denominada doctrina del margen de tolerancia y corrigiendo en este punto lo afirmado por la sentencia de instancia, en el supuesto de autos falta la concurrencia de unos de los requisitos generales de la figura jurídica en cuestión tal es el carácter antijurídico de la lesión.

QUINTO.- El artículo 102.3 de la Ley de la Jurisdicción establece que si no se estimase ningún motivo la sentencia declarará no haber lugar al recurso de casación con imposición de las costas del recurso al recurrente.

Vistos los preceptos citados y los artículos 93 a 102 de la Ley de la Jurisdicción.

FALLAMOS

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Doña Nuria contra sentencia de 25 de Noviembre de 1992 dictada en recurso contencioso administrativo número 538/91 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con expresa imposición de costas al recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, firme, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

VOTO PARTICULAR

que formula el Magistrado Excmo. Sr. Don Jesús Ernesto Peces Morate, al disentir de la sentencia pronunciada, con fecha 5 de febrero de 1996, por la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el recurso de casación, seguido ante la misma con el nº **2034/1993**, interpuesto por la Procuradora Doña Cayetana de Zulueta Luchsinger, en nombre y representación de Doña Nuria, contra la sentencia dictada con fecha 25 de noviembre de 1992 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el proceso seguido ante ésta con el nº 538/91, por la que se declara no haber lugar a dicho recurso de casación:

PRIMERO: La sentencia de la que discrepamos declara, en el último párrafo de su fundamento jurídico cuarto, que <<sin perjuicio de mantener la doctrina de la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración tanto en los supuestos de funcionamiento de servicios públicos como en los de anulación de resoluciones administrativas, con rechazo de la denominada doctrina del margen de tolerancia y corrigiendo en este punto lo afirmado por la sentencia de instancia, en el supuesto de autos falta la concurrencia de uno de los requisitos generales de la figura jurídica en cuestión tal es el carácter antijurídico de la lesión>>.

Comparto íntegramente la tesis del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración tanto en los supuestos de funcionamiento de servicios públicos como en los de anulación de resoluciones administrativas pero no coincido con el planteamiento que se hace en la sentencia de la antijuridicidad del daño, que deriva en la conclusión de la inexistencia en el caso enjuiciado de lesión antijurídica.

SEGUNDO: Se afirma por la mayoría de los magistrados, en el fundamento de derecho segundo "in fine", que <<no es el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión al existir causas de justificación en el productor del daño, esto es en el actuar de la Administración>>.



No cabe duda de que la Administración, cuando decide, está haciendo uso de una potestad al mismo tiempo que cumpliendo un deber, pero para quedar amparada su actuación por una causa de justificación, que la exonere de responsabilidad, ha de resolver conforme a Derecho porque su actuación está sometida a la Ley y al Derecho (artículos 103. 1 de la Constitución y 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Sólo cuando así se pronuncia, el daño que cause no será antijurídico, pues el perjudicado por una decisión contraria a Derecho no tiene el deber de soportarlo.

En el caso enjuiciado, la resolución de la Corporación demandada (ahora recurrida) fue declarada contraria a Derecho y anulada jurisdiccionalmente y, por consiguiente, no puede afirmarse que el daño derivado de tal resolución no es antijurídico.

TERCERO: La sentencia de la que disentimos justifica, sin embargo, la resolución, anulada jurisdiccionalmente por ser contraria a Derecho, porque la Administración, al decidir, hubo de integrar la norma, para aplicarla, con la apreciación de un concepto jurídico indeterminado, cual es el "núcleo de población", que reclama un margen de apreciación subjetiva al interpretarlo.

Tal doctrina se aparta de la Jurisprudencia consolidada de esta Sala (Sentencias, entre otras, de 22 de junio de 1982, 13 de julio de 1984, 9 de diciembre de 1986, 24 de abril, 18 de mayo, 10 de julio y 8 de noviembre de 1993, 19 de diciembre de 1995 y 2 de enero de 1996), según la cual <<la inclusión de un concepto indeterminado en la norma a aplicar no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad y renunciar a la solución justa del caso, sino que aquélla viene obligada a la única solución correcta a la vista de los hechos acreditados>>, de manera que, al interpretar un concepto jurídico indeterminado, no se está, continua la indicada Jurisprudencia, ante el uso de potestades discrecionales sino ante el deber de resolver justamente.

Si así no se hiciera, no cabe considerar amparada por una causa de justificación la actuación administrativa aunque hubiese motivado razonadamente su decisión, y, por consiguiente, el administrado no está obligado a soportar los daños causados por una resolución injusta de la Administración.

En el supuesto examinado por la sentencia recurrida, la Corporación demandada optó, en contra de la previa decisión del Colegio Profesional respectivo, por una interpretación errónea de un concepto jurídico indeterminado, que fue declarada contraria a Derecho por esta Sala del Tribunal Supremo al mismo tiempo que consideró ajustada a Derecho la resolución de aquél, y, en consecuencia, el perjudicado por el acuerdo injusto de dicha Corporación no tiene el deber de soportar sus efectos nocivos.

CUARTO: En el fundamento jurídico tercero de la sentencia se declara que la concurrencia de los requisitos determinantes de responsabilidad patrimonial de la Administración ha de ser examinada con mayor rigor en supuestos de anulación de actos o resoluciones que en los de mero funcionamiento de los servicios públicos, << en cuanto que éstos en su normal actuar participan directamente en la creación de riesgo de producción de resultado lesivo>>.

No compartimos tal aserción porque la singular mención, en el artículo 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de la anulación de resoluciones administrativas (en la actualidad contemplada por el artículo 142.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) no altera el sistema legal de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, como se explica en el fundamento jurídico segundo de la sentencia, de manera que, cuando los órganos de decisión de las Administraciones Públicas resuelven, éstas quedan sujetas a idéntica responsabilidad objetiva que cuando actúan por medio de sus agentes en la prestación de los servicios públicos.

La tesis de la Sala conduce a un sistema dual de responsabilidad patrimonial a pesar de que declara << mantener la doctrina de la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración tanto en los supuestos de funcionamiento de servicios públicos como en los de anulación de resoluciones administrativas>>.

En la sentencia se diferencian los supuestos de mero funcionamiento de los servicios públicos, en los que se acepta sin reservas el carácter objetivo de la responsabilidad, de las resoluciones administrativas, cuya anulación por ser contrarias a derecho sólo genera responsabilidad patrimonial <<cuando no respetasen los aspectos reglados o no hiciesen una interpretación razonada y razonable de los conceptos jurídicos indeterminados>>.

No aceptamos tal planteamiento porque las Administraciones Públicas cumplen sus fines tanto mediante el ejercicio de su potestad reglamentaria como a través de su actuación decisoria o ejecutiva y, en cualquiera de estos supuestos, deben responder de los perjuicios causados a los particulares en los términos establecidos



legalmente, que no son otros que los fijados por los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 121 y 122 de la vigente Ley de Expropiación Forzosa, y, en la actualidad, por los artículos 139 a 144 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuya responsabilidad patrimonial, según doctrina legal (Sentencias de 20 de febrero de 1989, 5 de febrero y 20 de abril de 1991, 10 de mayo, 18 de octubre, 27 de noviembre y 4 de diciembre de 1993, 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994, 11 de febrero, 25 de febrero y 1 de abril de 1995) reiterada en la propia sentencia, es de naturaleza objetiva.

QUINTO: El criterio mayoritario sitúa, a nuestro parecer, la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación de actos y resoluciones administrativas fuera del ámbito de una auténtica responsabilidad objetiva o por el resultado, aproximándola a la responsabilidad por culpa, con evidente quiebra del único sistema legalmente configurado, cuya finalidad no es otra que la de asegurar en todo caso a los administrados el resarcimiento de los daños y perjuicios que sufran como consecuencia de su actuación, legitimando así el ejercicio de sus potestades y garantizando su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

La corrección que la Sala introduce en el sistema de responsabilidad objetiva con el argumento de que el administrado tiene el deber de soportar las consecuencias dañosas de las apreciaciones razonadas y razonables de las Administraciones, aunque sean declaradas administrativa o jurisdiccionalmente contrarias a Derecho, porque, de lo contrario, se demoraría el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus resoluciones, crea un espacio de inmunidad con desprotección de quienes puedan ser víctimas de resoluciones injustas, lo que no resulta acorde con el servicio a los intereses generales, por los que aquélla debe velar, y desvirtúa el significado de la responsabilidad objetiva, con el que se pretende asegurar o garantizar siempre la adecuada reparación de los perjuicios causados en la gestión de dichos intereses generales.

SEXTO: Los distintos fines de la Administración y de la Jurisdicción justifican el diferente régimen de responsabilidad de una y otra, el de la primera de naturaleza objetiva y el de la segunda sólo en los supuestos de funcionamiento anormal o de error judicial (artículos 121 de la Constitución y 292 a 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), pero la tesis de la mayoría matiza, en nuestra modesta opinión indebidamente, el error determinante de responsabilidad por perjuicios causados como consecuencia de resoluciones administrativas anuladas por ser contrarias a Derecho con modulaciones que inciden en la teoría del margen de tolerancia y que pueden ser admisibles en el error judicial por el aludido diferente significado que una y otra tienen pero que no resultan acordes con la estructura legal y jurisprudencial de responsabilidad objetiva o por el resultado a que está sujeta la actuación de la Administración, justificada, precisamente, por sus propios objetivos de gestionar los intereses generales asegurando los riesgos derivados de ese cometido.

SEPTIMO: Por la razones expuestas consideramos que debe estimarse el único motivo aducido en el escrito de interposición del recurso de casación y declarar que ha lugar al mismo y, con anulación de la sentencia de instancia, debe resolverse en los términos en que aparece planteado el debate, según dispone el artículo 102.1.3º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

Al existir responsabilidad patrimonial para la Corporación demandada, debe ésta reparar los daños y perjuicios causados con su decisión denegatoria de la apertura de una oficina de farmacia, declarada jurisdiccionalmente contraria a derecho, lo que obliga a valorar si los conceptos reclamados por la demandante se derivaron, en una relación directa de causa a efecto, de dicha resolución anulada.

OCTAVO: En la demanda, cuyas pretensiones se reiteran ahora, se reclamaron los conceptos de daño emergente, lucro cesante y perjuicios morales, si bien no cabe acceder al primero, que se centra en las rentas que hubo de satisfacer por el local arrendado para la instalación de la oficina de farmacia, porque éste se arrendó también para destinarlo a perfumería, y, en cuanto a la otra suma, que por este concepto se pide, resulta improcedente, ya que sobre las costas de los previos procesos judiciales se pronunciaron las respectivas sentencias, sin que se aprecie daño moral alguno por haberse denegado la apertura de dicha oficina, pues tal evento es un trámite establecido legalmente que no supone reproche o desmerecimiento alguno para el profesional solicitante de la autorización.

Respecto al lucro cesante o ganancias dejadas de obtener sólo es estimable la cantidad que, como beneficio neto, hubiera podido obtenerse con la instalación de la oficina de farmacia desde la fecha de la resolución del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de España, denegatoria de la apertura de dicha oficina, hasta la fecha de la sentencia, que anuló dicha resolución por ser contraria a derecho, más los intereses legales de la cantidad resultante desde la fecha en que la interesada formuló su reclamación indemnizatoria al indicado Consejo General de Colegios Oficiales hasta su completo pago, ya que tales intereses, como ha declarado esta Sala, en sus Sentencias de fechas 2 de julio de 1994 (recurso 1299/87, fundamento jurídico decimoséptimo), 11 de febrero de 1995 (recurso de casación 1619/92, fundamento jurídico undécimo)



y 9 de mayo de 1995 (recurso 527/90, fundamento jurídico octavo), sirven para actualizar la reparación de los perjuicios causados.

En consecuencia, según lo dispuesto por los preceptos y Jurisprudencia citados así como por los artículos 102.2 y 131.1 de la Ley de esta Jurisdicción, debería estimarse el único motivo invocado por la representación procesal de la recurrente, declarando haber lugar al recurso de casación interpuesto por aquélla contra la sentencia pronunciada por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con fecha 25 de noviembre de 1992, y, con anulación de la misma, estimar el recurso contencioso- administrativo interpuesto por el representante procesal de Doña Nuria contra la resolución del Pleno del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, por la que se denegó a la anterior la indemnización de daños y perjuicios solicitada por responsabilidad patrimonial de dicho Consejo General, y, con anulación de tal acuerdo, declarar la existencia de responsabilidad patrimonial del mismo, y, estimando sólo en parte las pretensiones formuladas en la demanda, condenar al indicado Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos a pagar a Doña Nuria la cantidad que, en ejecución de sentencia, resulte del cálculo señalado en el precedente fundamento octavo por el concepto de ganancias frustradas e intereses legales, con desestimación de las demás peticiones deducidas en tal demanda, sin hacer expresa condena respecto de las costas procesales causadas en la instancia y las de este recurso de casación cada parte habrá de abonar las suyas.

Dado en Madrid en la misma fecha de la sentencia de la que discrepa.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia, juntamente con el voto particular, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha de lo que como Secretario, certifico.