

Julio GALÁN CÁCERES

Profesor del CEF

## • ENUNCIADO:

*En el Ayuntamiento de X se plantean los siguientes hechos y reclamaciones que son trasladadas al secretario de la corporación a fin de que emita los correspondientes informes jurídicos:*

*1. Un escrito de la representación legal de una entidad mercantil por el que solicita la indemnización de 30.000 euros como consecuencia de que había solicitado a la corporación municipal información precisa y necesaria al objeto de establecer una gasolinera y demás servicios en terrenos ubicados en una de las avenidas de dicha localidad, en el caso de que fuese factible conforme a las normas urbanísticas vigentes, siéndole facilitada dicha información en sentido negativo por lo que se le impidió la referida instalación. Sin embargo, meses después y sin que se hubiere modificado la normativa urbanística, y, ante la solicitud de las oportunas licencias por parte de otra persona para la instalación de gasolinera y demás servicios en el mismo lugar, le fue concedida. En su opinión esta actuación municipal le irrogó un perjuicio evidente al privarle de la obtención de beneficios que integra el interés económico de toda inversión, lo que es evaluable económicamente e individualizado en su persona al serle denegada la primera autorización y hacerle ver que no podía instalar lo que sí otros pudieron hacer.*

*2. Otro escrito presentado por el señor ZZZ padre de un alumno de un colegio público, dependiente del Ayuntamiento, reclamando indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de que, cierto día cuando su hijo participaba en una actividad extraescolar debidamente programada consistente en plantar árboles en el denominado «día del árbol», dice literalmente el escrito «sin existir el más mínimo indicio de cómo pudo producirse, un cuerpo extraño penetró en el ojo derecho de su hijo, produciéndole lesiones de las que tardó en curar tres meses y habiéndole dejado como secuela una pérdida parcial de visión en el mismo». Funda su reclamación en que la referida actividad había sido organizada por el colegio y que, por tanto, debe asumir la responsabilidad por el accidente acontecido.*

*3. Se ha presentado recurso de reposición, el día 20 de octubre de 2002 respecto a una sesión plenaria municipal celebrada el día 12 de septiembre de 2002, cuyos acuerdos se publicaron en Diario Oficial el día 25 de septiembre de 2002, por varios concejales asistentes a la misma y pertenecientes al grupo municipal opositor, en el que solicitan la nulidad o anulabilidad de dicha sesión y de todos los acuerdos adoptados en la misma, toda vez que 48 horas antes del inicio de la sesión el portavoz de dicho grupo formuló cuatro preguntas para que por el alcal-*

*de fueran contestadas en el Pleno. De igual manera, se cuestionan los recurrentes cuál sería la vía más rápida y adecuada a seguir, en caso de que el recurso se resolviera en sentido desestimatorio a sus pretensiones.*

*Dicha sesión fue presidida por la alcaldesa accidental toda vez que el alcalde titular se encontraba de viaje dicho día. La referida alcaldesa manifestó que como estaban dirigidas al alcalde y el mismo no presidía ese día el Pleno, que no se preocuparan que ya se contestarían en un futuro.*

*4. El Ayuntamiento ha convocado una subasta para la venta de una finca de su propiedad catalogada en el inventario municipal como bien patrimonial, previo cumplimiento de los trámites legales exigidos por la normativa aplicable.*

*Con el deseo de tomar parte en dicha subasta han presentado ofertas diversos concejales. Se plantea la duda de si los mismos pueden o no tomar parte en la misma.*

• **CUESTIÓN PLANTEADA:**

Realizar los oportunos informes jurídicos sobre las diversas situaciones planteadas en el Ayuntamiento, con las correspondientes propuestas de resolución tras la tramitación, en su caso, de los procedimientos administrativos.

• **SOLUCIÓN:**

**1. Reclamación de indemnización de daños y perjuicios por errónea información urbanística facilitada por el Ayuntamiento.**

Debemos adelantar que no parece que estemos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración que, al amparo de lo establecido en los artículos 106.1 de la Constitución y 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, justifique la reclamación de daños y perjuicios planteada por la entidad mercantil.

Debemos significar que lo que dicha entidad realiza es una consulta o información urbanística en función de lo dispuesto en los artículos 55.2 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 9 de abril de 1976 y del 165 del Reglamento de Gestión Urbanística, respondiéndose por la corporación municipal en los términos ya apuntados en el relato de hechos.

Conocemos que para que la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública pueda existir es preciso una serie de requisitos entre los que se encuentre, como fundamental, el daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. Pues bien, la información facilitada erróneamente en respuesta a la consulta formulada no cabe duda de que puede originar, siempre que se cumplan los demás requisitos exigidos en la Ley, la existencia de una responsabilidad de la Administración (STS de febrero de 1999), por cuanto que dicha resolución de consulta, en cuanto declaración de juicio, es una variante típica del acto administrativo que, como tal, aunque desprovistos de las características propias de éstos -ejecutividad-, incide o puede incidir, como acto aparentemente aclarador o clarificador de derechos, en la conducta del consultante.

Sin embargo, en el caso que analizamos, aparte de que con la consulta no se privó al consultante de su posible derecho a obtener la licencia -no son correctos los términos en que solicita la responsabilidad administrativa cuando se refiere a falta de autorización, porque no existió petición en este sentido-, es lo cierto que la pretensión indemnizatoria se fundó en meras expectativas y no está acreditada y probada suficientemente la existencia de los daños, no siendo suficiente la aportación de datos hipotéticos, pues éstos han de ser reales y efectivos; y, en cuanto a las ganancias dejadas de obtener, la prueba no ha de referirse a supuestos meramente posibles pero de resultados inseguros, desprovistos de certidumbre, pues ha de ser rigurosa sin que tengan valor las dudosas y contingentes (STS de 15 de julio de 2002).

No existe, pues, acreditación de la efectividad del daño, exigida por el artículo 139.2 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, lo que conlleva al rechazo de la pretensión indemnizatoria de responsabilidad de la Administración. No están acreditados ni daños, ni perjuicios, ni gastos concretos desembolsados por el solicitante por la errónea información administrativa. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) viene exigiendo una prueba rigurosa respecto a las ganancias dejadas de obtener sin que puedan admitirse las dudosas y contingentes, lo que excluye los meros «sueños de ganancias», ya que no cabe que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto (Ss. de 15 de octubre de 1986 y 10 de febrero de 1998).

Finalmente, conviene también resaltar los supuestos indemnizatorios que regula la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen de Suelo y Valoraciones, en sus artículos 41 y siguientes, donde se hace referencia a denegación improcedente de licencias o retardo en su otorgamiento, pero nunca, por sí mismo, a erróneas informaciones urbanísticas que pudiera efectuar la Administración.

## *2. Reclamación de responsabilidad por lesiones en un ojo sufridas por un alumno de un colegio público dependiente de la corporación municipal.*

Tampoco parece que estemos ante un supuesto de responsabilidad de la Administración, en este caso del Ayuntamiento del que dependía el colegio al que pertenecía el alumno que sufrió la lesión, al menos si las circunstancias se mantienen como el propio solicitante manifiesta en su escrito.

La Administración no es responsable de cualquier resultado dañoso o lesivo que se origine durante el transcurso de una actividad de un servicio público sino sólo de aquellos que sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de dicho servicio. En este caso, sólo está acreditado que la lesión se produce durante la realización de una actividad extraescolar, pero no que fuese consecuencia de tal actividad, por tanto, si durante la instrucción del correspondiente procedimiento administrativo no se acredita lo contrario no parece que concurra uno de los requisitos exigible para tal tipo de responsabilidad recogido en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, como es el que sea consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, del servicio público.

Como ha indicado el TS (entre otras, Sentencia de 27 de julio de 2002), la consecuencia derivada de una interpretación laxa del citado precepto no puede llevar al extremo de convertir a las Administraciones Públicas en aseguradora de todos los riesgos sociales, dada la amplitud de los servicios que prestan y de las competencias que ostentan, pues el principio de solidaridad de riesgos que late en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, con el fin de lograr el

mejor reparto de los beneficios y cargas sociales, puede verse frustrado con interpretaciones extensivas del requisito del nexo causal, aunque sea por razones tan atendibles jurídicamente como es la de evitar el desvalimiento de una persona que ha sufrido un grave quebranto en su salud para lo que, sin embargo, no está concebido el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas si no concurren los requisitos para declararla y que debe tener amparo por otras vías no menos eficaces y, en cualquier caso, más justas para paliar un problema, siempre que no concurren todos los requisitos exigidos legalmente para que nazca dicha responsabilidad patrimonial por más que ésta sea objetiva o de resultado.

En conclusión, si a lo largo del procedimiento no logra demostrarse ese nexo de causalidad entre la lesión y la actividad administrativa (el escrito del reclamante dice que no hay el más mínimo indicio de cómo se produce la entrada del cuerpo extraño en el ojo de su hijo), no es posible atender a esta solicitud porque faltaría uno de los requisitos exigidos en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

### *3. Recurso de reposición interpuesto por varios concejales.*

Cuatro cuestiones hay que aclarar respecto a este recurso presentado. En primer lugar si el recurso está presentado en plazo, en segundo lugar si tiene razón respecto a que deberían haberse contestado a las preguntas formuladas, en tercer lugar, si debe atenderse su solicitud respecto a declarar nula la sesión celebrada y los acuerdos adoptados y, finalmente, cuál es la vía a seguir si el recurso se resuelve de forma contraria a sus intereses.

A) En primer lugar, hemos de señalar que para que esos concejales pudieran impugnar la sesión celebrada y los acuerdos adoptados, de acuerdo con el artículo 63.1 b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, era preciso que los mismos hubieran votado en contra de los referidos acuerdos.

Respecto a si el recurso de reposición interpuesto es extemporáneo o no hemos de contestar que sí lo era. El artículo 211.3 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales de 28 de noviembre de 1986, es taxativo al afirmar que el plazo para interponer recurso de reposición por los concejales se contará desde la fecha de la sesión en que se hubiera votado el mismo, es decir, en este caso, desde el día 12 de septiembre, y no desde la fecha en que se publican en Diario Oficial (25 de septiembre) que es la que parece que han tenido en cuenta los recurrentes. Por tanto, el recurso era extemporáneo, porque el plazo para interponer este recurso es el de un mes.

B) En segundo lugar, respecto a la cuestión de fondo sobre si se deberían haber contestado a las preguntas formuladas con 48 horas previas a la sesión, hemos de significar que sí o, por lo menos, que no es ajustado a derecho el modo de proceder de la alcaldesa accidental.

El artículo 97.7 del Reglamento de Organización y Funcionamiento, en su último párrafo previene que las preguntas formuladas por escrito con 24 horas de antelación serán contestadas ordinariamente en la sesión o, por causas debidamente motivadas, en la siguiente. Y ni lo uno ni lo otro se produjo en este caso que analizamos.

El derecho a participar en los asuntos públicos y el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos establecidos en el artículo 23.1 y 2 de la Constitución,

que están a este respecto íntimamente ligados, incluyen el derecho que ostentan sus titulares al desempeño de la función o cargo público de acuerdo con lo previsto en la Ley y, por tanto, el derecho a obtener la información necesaria y a que se cumplan las normas relativas a la contestación de las preguntas que formulen, pues solamente de esta manera es posible ejercer las funciones públicas atribuidas al cargo que se ejerce, en el presente caso, al cargo de concejales del Ayuntamiento XXX, como representante elegido democráticamente por los vecinos del municipio. El referido derecho es un derecho de configuración legal, que ha de actuarse de acuerdo con lo prevenido en la Ley.

La alcaldesa accidental incumplió el mandato del artículo 97.7 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico y ello trajo consigo la transgresión del derecho reconocido en el artículo 23 de la Constitución.

No es causa legal para negarse a contestar a las preguntas solicitadas en forma y plazo el que, como iban dirigidas al alcalde y aquél no presidía la sesión porque se encontraba ausente, no se podían contestar y que ya, cuando regresara, las contestaría. Las preguntas no van dirigidas a título personal a nadie en concreto sino, lógicamente, a quien ejerciera como tal en la sesión correspondiente que, en este caso, era una teniente de alcalde en aplicación de la normativa aplicable. Luego tenía obligación de, o bien contestarlas expresamente, o bien, como indica el propio artículo 97.7 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico, resolver motivadamente la causa de la no contestación, no sirviendo la excusa dada en este caso respecto a que iban dirigidas al alcalde por lo que ya hemos comentado con anterioridad. Nada de esto hizo. De servir la excusa dada, llegaríamos al absurdo de que la ausencia del alcalde permitiría eludir en cualquier caso las preguntas legítimamente expresadas por los concejales en el ejercicio de su derecho de obtener antecedentes, datos e información que obren en poder de los servicios de la corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función (art.14.1 del Rgto. de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico). Por tanto, resulta inaceptable la contestación expresa de la alcaldesa accidental de que ya se les informará de todo lo preguntado cuando el alcalde titular regrese, pues no se motiva ni concreta válidamente la causa de la dilación.

En consecuencia la falta de contestación a las preguntas formuladas vulneró el artículo 23.1 de la Constitución, al negarles una información que tenían derecho a obtener para el ejercicio de las funciones públicas que les están atribuidas.

C) Respecto a la petición de nulidad de la sesión celebrada, parece que, efectivamente, concurre motivo para ello. Porque se produjo la vulneración de un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional como era el de participación en los asuntos públicos reconocido en el artículo 23 de la Constitución que, de acuerdo con el artículo 53 del mismo Texto Legal, se encuentra protegido por el recurso de amparo constitucional.

Ahora bien, la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dispone, en su artículo 64, la conservación de los actos y trámites no afectados por el vicio, siempre que éste no sea de tal naturaleza que, sin su existencia, los demás no se hubieren producido. En este caso, si el único motivo del recurso fue la no contestación a las preguntas formuladas, no parece que este extremo, salvo que se demuestre lo contrario, arrastre el vicio a los posibles acuerdos que en aquella sesión se pudieran haber adoptado si no existe causa de conexión alguna entre la falta de respuesta y dichos acuerdos y si no se ha causado indefensión, por ello, a los recurrentes. La situación jurídica individualizada de los recu-

rrentes se restablece declarando su derecho a recibir la oportuna contestación en la próxima sesión que se celebre, sin que sea preciso, repetimos, declarar la invalidez de la sesión celebrada y de los acuerdos adoptados en la misma. Otra cosa será si se ha producido algún tipo de indefensión o perjuicio a los recurrentes por esa falta de respuesta que les hubiera impedido conocer íntegramente las cuestiones debatidas y votadas, en cuyo caso sería preciso declarar la nulidad de toda la sesión y de sus acuerdos, pero no parece que éste sea el caso a juzgar por lo que se narra en el relato de hechos.

D) Finalmente, respecto al camino a seguir si el recurso se resolviera en sentido desestimatorio a sus pretensiones, hemos de recordar que se ha producido la vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 23 de la Constitución. Por lo tanto, la vía más rápida de encontrar protección a sus intereses sería la de entablar un recurso contencioso-administrativo especial, en materia de derechos fundamentales regulado en los artículos 114 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, que es el procedimiento preferente y sumario a que se refiere el artículo 53 de la Constitución.

*4. En relación a si los concejales pueden o no tomar parte en la subasta, entendemos que sí pueden concurrir a la misma.*

A las prohibiciones de contratar con la Administración se refiere el artículo 20 e) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que se remite a la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General y las Leyes sobre Incompatibilidad.

En cuanto a los cargos electos de las corporaciones locales, quedan sujetos sólo a la incompatibilidad que establece la Ley Orgánica del Régimen Electoral General en su artículo 178, que afecta a los contratistas y subcontratistas de contratos cuya financiación, total o parcial, corra a cargo de la corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 60/1996, de 18 de diciembre, señala que la prohibición para contratar de los miembros de las corporaciones locales ha de referirse exclusivamente a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, que es la única disposición en la que se pueden fundar y fundamentar situaciones de incompatibilidad por expresa remisión del citado artículo 20 del TRLCAP. De ella resulta que la incompatibilidad sólo afecta a quienes reciben fondos municipales como consecuencia de contratos celebrados con el Ayuntamiento, pero no a la inversa, esto es, cuando son los miembros de dichas corporaciones locales los que ingresan o aportan fondos como consecuencia de los contratos celebrados.

Esta interpretación viene, además, avalada por la Junta Electoral Central. En consecuencia, sí podrían tomar parte en la subasta.

Por otra parte, el fundamento de las prohibiciones, o más en concreto de este tipo de prohibición, se basa en evitar que quien está relacionado de alguna manera con la Administración contratante pueda obtener algún tipo de ventaja con respecto a quien no lo está, suponiendo ello un posible perjuicio económico para dicha Administración. En el caso de una subasta en la que como único criterio de adjudicación es el precio ofertado, ningún perjuicio se puede causar permitiendo que tomen parte concejales de la corporación.

---

---

**• SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Constitución Española, arts. 23.1 y 2 y 106.1.**
- **Ley Orgánica 5/1985 (Régimen General Electoral), art. 178.**
- **Ley 30/1992 (LRJAP y PAC), arts. 64, 139 y ss.**
- **Ley 6/1998 (Ley del Suelo), arts. 41 y ss.**
- **Ley 7/1985 (LBRL), art. 61.1 b).**
- **Ley 29/1998 (LJCA), arts. 114 y ss.**
- **RDLeg. 2/2000 (TRLCAP), art. 20 e).**
- **RD 1346/1976 (TR Ley del Suelo), art. 55.2.**
- **RD 2568/1986 (Rgto. de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales), arts. 14.1, 97.7 y 211.3.**
- **SSTS de 15 de octubre de 1986, 10 de febrero de 1998 y 27 de julio de 2002.**
- **Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 60/1996, de 18 de diciembre.**