

Roj: **STS 247/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:247**Id Cendoj: **28079130052017100027**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **5**Fecha: **26/01/2017**Nº de Recurso: **3968/2014**Nº de Resolución: **106/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOSE MANUEL SIEIRA MIGUEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 26 de enero de 2017

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 3968/14 interpuesto por el Sr. Abogado del Estado en la representación que le es propia contra la Sentencia de 9 de octubre de 2014 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso núm. 339/2013. Ha sido parte recurrida la representación legal de DISA GAS, S.A.U.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Sieira Miguez

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dicto sentencia el 9 de octubre de 2014 cuya parte dispositiva dice: «Que debemos **DESESTIMAR** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña María Reynolds Martínez, en nombre y representación de DISA GAS S.A.U., contra la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, de 29 de junio de 2012, publicada en el BOE nº 156 de 30 de junio de 2012, por la que se publican para el tercer trimestre de 2012 los nuevos precios máximos de venta antes de impuestos de los gases licuados del petróleo envasados, en envases de capacidad igual o superior a 8 kg e inferior a 20 kg, excluidos los envases de mezcla para usos de los gases licuado el petróleo como carburante, que anulamos, y declaramos el derecho de la entidad recurrente a ser indemnizada por los periodos reclamados y en concepto de daños y perjuicios en la suma **1.050.000** euros, con los intereses legales desde el 30 de septiembre de 2012, condenando a la Administración al pago de dicha cantidad y sin imposición de costas.»

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por el recurrente se formuló escrito de preparación del recurso de casación, el cual fue tenido por preparado mediante diligencia de ordenación al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, el recurrente compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, formulando escrito de interposición del recurso de casación, en el cual, tras exponer los motivos que consideró oportunos, solicitó a la Sala dicte sentencia por la que, se estime este recurso, case y anule la sentencia recurrida procediéndose a dictar nueva sentencia que desestime en su totalidad, el recurso contencioso administrativo interpuesto en la instancia.

CUARTO.- La Sala acuerda la admisión a trámite del recurso interpuesto, llevándose a cabo según consta en autos. La parte recurrida formaliza escrito de oposición interesando la desestimación del recurso.

QUINTO.- Por providencia se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día **VEINTICUATRO DE ENERO DE DOS MIL DIECISIETE**, en cuya fecha tuvo lugar.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Por el Abogado del Estado se interpone recurso de casación contra Sentencia de 9 de octubre de 2014, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la que se estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por DISA GAS, S.A.U., contra la denegación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de 29 de junio de 2012. La Sentencia anula la resolución recurrida y declara el derecho de la recurrente a ser indemnizada por los periodos reclamados, y en concepto de daños y perjuicios en la suma de 1.050.000 euros, con los intereses legales desde el 30 de septiembre de 2012.

La cuestión que se plantea ha sido ya resuelta en sentencia de esta Sala de 27 de noviembre de 2015 a cuyo pronunciamiento hemos de estar.

La Sala a quo manifiesta en la fundamentación de la sentencia recurrida que:

«CUARTO. - En primer lugar debe decirse que todos los elementos que se controvierten en este recurso respecto de la impugnación de la resolución indicada en el encabezamiento, son básicamente coincidentes con los de la impugnación que se hizo respecto de la misma resolución por la entidad REPSOL BUTANO, que dio origen al recurso contencioso-administrativo tramitado con el nº 2033/2012, que finalizó con sentencia estimatoria nº 375/2014 de fecha 3 de julio de 2014. Los argumentos de dicha sentencia son plenamente válidos y aplicables en el caso presente. Así lo impone el principio de unidad de doctrina y también la convicción que mantiene esta Sección sobre su idoneidad...

.....la Sala ha tenido conocimiento de las Sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha de 9, 16 de abril de 2014, en los Procedimientos Ordinarios tramitados con los números 340/13 y 51/12 y 623/11, respectivamente en los que se estimaron los recursos contenciosos administrativos interpuestos por Repsol contra Resoluciones de idéntico contenido a la ahora recurrida y en los que se ejercitaban las mismas pretensiones, y que estimaban íntegramente los recursos interpuestos por Repsol Butano SA, con base en los siguientes Fundamentos de Derecho:

".....Las cuestiones aquí suscitadas coinciden sustancialmente con las que presenta el recurso 340/2013, seguido, entre otros, a instancias de la actora, con la misma representación y defensa, cuyo señalamiento efectuado en principio el día 18 de diciembre de 2013, se ha pospuesto para resolverlo conjuntamente con el de autos, de modo que la respuesta a las pretensiones conllevan una argumentación acorde en ambos casos.

De la lectura de la demanda se infiere que la pretensión de la parte demandante tiene la siguiente estructura: En primer lugar se pretendió la anulación de la Resolución de 27 de junio de 2011 dictada por la Dirección General de Política Energética y Minas y el acto presunto desestimatorio del recurso de alzada - art 31.1 LJCA y, en segundo lugar, se pretendió el "reconocimiento de una situación jurídica individualizada" consistente en la "indemnización por daños y perjuicios" para el caso de anulación de las resoluciones recurridas - art 31.2 LJCA E-. Posibilidad perfectamente legal, pues como señala la STS de 22 de marzo de 1999 (Rec. 7988/91994) la vigente regulación "permite al demandante pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, lo que ha de constituir uno de los pronunciamientos de la sentencia".

La singularidad del caso de autos radica en que, en aplicación de la doctrina sentada por la STS de 19 de junio de 2012 (Rec. 110/2009), el Subsecretario de Industria, Energía y Turismo, por delegación del Secretario de Estado de Energía, dictó el 7 de noviembre de 2012 resolución expresa estimando "parcialmente" el recurso de alzada interpuesto y anulando la resolución recurrida. Por lo tanto, nos encontramos, en principio, ante un supuesto del art. 36.4 LJCA, pues impugnado un acto presunto, durante la tramitación del recurso, se dictó resolución expresa. Pues bien, en su escrito de contestación a la demanda la Abogacía del Estado puso en conocimiento de la Sala que la Administración había dictado resolución estimando el recurso, por lo que recababa sentencia que inamditiera parcialmente el recurso con relación a la pretensión de responsabilidad patrimonial ejercitada en el escrito de demanda y en lo demás dictara sentencia en cuya virtud desestimara el recurso formulado de contrario. Por su parte, la representación de la actora en las alegaciones formuladas de acuerdo con lo indicado en diligencia de ordenación de 12 de diciembre, recababa que se tuviera por ampliado en tiempo y forma el recurso a la resolución expresa del recurso de alzada y continuara la tramitación del proceso, y en escrito del 25 de septiembre de 2013 recabó la comparecencia de los Peritos firmantes del Dictamen pericial elaborado por Boston Consulting Group a efectos de su ratificación, que fue proveído pro resolución del día 11 de octubre acordando la ratificación de este informe, acordándose también la ratificación del informe pericial judicial suscrito por el Dr. Humberto, actuación que se llevó a efecto. Su resultado, como hemos dicho, es ampliamente comentado por la actora en sus conclusiones, en el que recaba se declare la nulidad de pleno



derecho de la resolución de 27 de junio de 2011 y se condene a la Administración al pago de la cantidad de 14.7600.000 euros o subsidiariamente 14.662.812,67 euros, e intereses.

De lo expuesto se desprende que respecto a la primera pretensión, la nulidad de la resolución, la actora la ha obtenido con la resolución estimatoria en parte del recurso de alzada, en satisfacción extraprocésal, quedando el debate reducido a la viabilidad de la reclamación por daños y perjuicios.

QUINTO.- Establece el art. 38 de la Ley 34/1988, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (LSH) que "los precios de los productos derivados del petróleo serán libres". Sin embargo, la Disposición Transitoria Cuarta de la misma norma dispone que: "El Gobierno, a través de una fórmula que se determine reglamentariamente, podrá establecer los precios máximos de venta al público de gases licuados del petróleo envasado, en tanto las condiciones de concurrencia y competencia en este mercado no se consideren suficientes. El precio máximo incorporará el coste de la distribución a domicilio".

Por su parte, establece el art. 5.2 del Real Decreto-Ley 15/1999, de 1 de octubre EDL 1999/62999, por el que se aprueban las medidas de liberalización, reforma estructural e incremento de la competencia en el sector de hidrocarburos, que el Ministro de Industria y Energía, mediante Orden ministerial y previo acuerdo del Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, establecería un sistema de fijación de precios máximos de los gases licuados del petróleo envasados (GLP) "que atiende a condiciones de estacionalidad de los mercados".

En aplicación de la indicada norma y con el fin de proteger a los consumidores, se han venido dictando diversas disposiciones por las que fijan los precios máximos de venta, antes de impuestos, de los gases licuados del petróleo envasados -entre otros, los fijados por la Orden 10 de mayo de 1999; Orden de 6 de octubre de 2000; ECO 640/2002; ITC/2475/2005; ITC 2065/2006; e ITC/1968/2007-. En concreto y en lo que ahora nos interesa, la ITC/1858/2008, de 26 de junio, actualizó el sistema de determinación de precios máximos de venta, antes de impuestos, de los GLP envasados manteniendo el sistema de precios intervenido para los envases con carga igual o superior a 8 kg e inferior a 20 kg. Dicha Orden fue modificada por la Orden ITC/776/2009 y, posteriormente por la ITC/2608/2009, la cual, como hemos dicho, fue objeto de impugnación.

En el sistema establecido por la Orden ITC/1858/2008 el precio máximo autorizado venía determinado por la suma de dos componentes, la suma de cantidad obtenida en aplicación de la llamada "fórmula para la determinación de los precios máximos de venta antes de impuestos" -regulada en el art. 3- y de los denominados "costes de comercialización" -art 4-. Para la obtención de los precios máximos, el art. 3 utiliza una fórmula que tiene en cuenta, en esencia, la media de cotización correspondiente del butano y propano FOB -al expresión FOB hace referencia al denominado free on board, es decir, el precio de la entrega de la mercancía- Mar del Norte (Aarhus North Sea Index) y del butano FOB Arabia Saudí (Contracta Price S. Arabia). Precisamente por tener en cuenta el FOB, a dicha suma se añade el "flete medio...de la ruta Rass Tanura-Mediterráneo, para buques de 54.000-75.000 metros cúbicos, publicada en el "Poten and Partners", en dólares tonelada". Por último, como el mercado opera en dólares, se tenía en cuenta la media mensual del cambio dólar/euro publicada por el Banco Central Europeo. De este modo, se tenía en cuenta el coste medio de la materia prima en los mercados. Cantidad que se revisaba trimestralmente, de conformidad a la fórmula legal, teniendo en cuenta las fluctuaciones de mercado.

Como indica la actora, las compañías agrupadas en la Asociación Española de Operadoras de Gases Licuados, aunque no compartían en toda su extensión el sistema establecido, lo consideraron razonable y no lo impugnaron. Sin embargo, el sistema sufrió un importante cambio en la Orden ITC/2608/2009. Que el sistema establecido por la nueva Orden era novedoso lo indica la propia Orden al razonar que "la presente Orden modifica la fórmula de determinación del precio máximo establecido en la citada Orden ITC/1858/2008, de 26 de junio, con el fin de proteger los intereses de los consumidores ante la volatilidad de las cotizaciones internacionales del flete y la materia prima".

Para obtener el coste de la materia prima se tienen en cuenta los mismos indicadores que los establecidos en la ITC/1858/2008, pero se introduce un nuevo factor, el denominado "factor de ponderación". Por lo demás, la Orden establece, además, que la revisión de precios será trimestral, pero no se procederá a la revisión salvo que el incremento del precio al alza o a la baja sea superior al 2% "respecto del valor Cn vigente" -entendiéndose por tal la suma del coste del precio máximo y el flete del mes n-.

La STS de 19 de junio de 2012 (Rec. 110/2009) analizó la legalidad de la ITC/2608/2009, llegando a la conclusión de que la Orden era nula por ser contraria a Derecho. De los razonamientos de la sentencia, interesa destacar los siguientes:

1.- La ITC 2608/2009 ocasiona pérdidas a las empresas operadoras del sector, en la medida en que introduce un desfase entre los costes incurridos e ingresos procedentes de la venta del producto al consumidor, pérdidas cuya recuperación no esta garantizada.



2.- En el informe remitido al TS por la Subdirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Industria, se reconoce que "se dio preferencia al suavizado sobre la fidelidad entre el valor real...y el previsto en la fórmula de cálculo". En efecto, la introducción del denominado "factor de ponderación" suponía que para la fijación de los precios, los "valores antiguos" de los GLP "siguieran pesando" de modo que se obtuviera "un mejor alisado o suavización" de los costes actuales, y su consecuencia es que no se trasladan al consumidor los "precios volátiles", sino unas cantidades "convenientemente atenuadas". Añadiendo el propio Ministerio que la persistencia de este mecanismo en un escenario de cotizaciones constantes implica "la imposibilidad de recuperar las pérdidas incurridas desde la implantación de la fórmula en octubre de 2009", a diferencia de lo que ocurría si aquellas "volvieron a los valores de octubre de 2009".

En suma, para el TS quedó probado que la nueva fórmula, "cuando se aplica a un período prolongado en el tiempo (como es el analizado en los informes de autos, esto es, hasta finales de 2010) que el precio máximo autorizado administrativamente sea inferior a los costes reales de materia prima y flete en los mercados internacionales, ocasionando las subsiguientes pérdidas no recuperables al final del período". Y "un sistema de determinación automática de precios máximos de venta de los GLP envasados que obliga a los operadores los vendan a pérdidas durante un prolongado periodo de tiempo no se atiene a las normas legales". Y ello sin perjuicio de que la norma obedezca al "bien intencionado" designio de no cargar a los consumidores el incremento de los precios derivados del alza de las cotizaciones internacionales de los gases derivados del petróleo importado - lo que puede hacerse a través de otros mecanismos, vgr. el bono social-

Pues aunque estemos en un sector regulado, el Estado, conforme a la Ley, debe tratar de alentar la iniciativa empresarial, lo que resulta contradictorio con la exigencia de que el suministro se haga a un precio que no cubran los costes a lo largo de períodos prolongados. De hecho, esta forma de proceder, no potencia el incremento de la competencia en el mercado, antes al contrario, disuade a que nuevos operadores entren en el mercado.

3.- El TS precisa que la declaración de nulidad de la Orden "no se le podrían asignar de modo inexorable y automático consecuencias resarcitorias ex tunc" pues deben tenerse en cuenta otros factores, como son la "subsistencia de determinadas medidas favorables a los comercializadores que, en un régimen de plena competencia tendrían difícil encaje". Sin que puedan ignorarse "aquellos otros elementos más o menos "compensadores" ni, sobre todo, el hecho de que la Sala considera válido y ajustado a derecho el principio general de equilibrar la repercusión en el precio final, dentro de unos ciertos límites, de los incrementos con los descensos del coste de gas, debidos a las variaciones en las cotizaciones internacionales de la materia prima y del flete. Es la superación de aquellos límites, también el orden temporal, tal como se produce en la Orden impugnada, lo que determina su no ajuste al ordenamiento jurídico conforme a lo que hemos expuesto, al restringir indebidamente la competencia en este mercado en vez de favorecerla. Los operadores instalados en él...han visto, pues, en cierto modo facilitada...su posición competitiva previa, en la medida en que...la regulación del precio ha alejado del sector a eventuales rivales que a ellos pudieran enfrentarse".

Por último, la Orden IET/463/2013, modificada posteriormente por la IET/337/2014, ha establecido un nuevo sistema de fijación de precios teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo.

SEXTO.- Teniendo en cuenta, como hemos dicho, que se ha obtenido la satisfacción de la primera pretensión, con la estimación parcial del recurso de alzada, debemos centrar el debate en la segunda.

Pues bien, la Sala no comparte las argumentaciones dadas por la Abogacía del Estado y todo ello por las siguientes razones:

1.- En primer lugar, respecto a la invocada inadmisibilidad, la Sala entiende que concurren las notas que permiten exigir responsabilidad patrimonial a la Administración del Estado - art 139 en relación con el art. 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común .

La Sala, al efecto, quiere traer a colación la doctrina sentada por la STS de 15 de octubre de 1990 . Esta sentencia analiza un caso de reclamación de responsabilidad de la Administración del Estado con causa en la anulación de una Orden de Presidencia del Gobierno. Pues bien, el Tribunal sostiene que: "La responsabilidad del Estado que con carácter objetivo se configura por primera vez en 1954, dentro de la Ley de Expropiación Forzosa) (art. 121) y se alberga tres años después en la de régimen jurídico de la Administración (art. 40), ha adquirido relieve constitucional en los arts. 9.º y 106, párrafo 2.º, como garantía fundamental en la órbita de la seguridad jurídica, aun cuando su entronque más directo lo tenga con el valor "justicia", uno de los pilares del Estado de Derecho, social y democrático, que proclama el art. 1.º de la misma Constitución . En el esquema de este concepto, el primero y principal de sus elementos estructurales es la lesión patrimonial equivalente por su contenido a cualquier daño o perjuicio, en la doble modalidad, clásica desde la antigua Roma, del lucro cesante o del daño emergente".



Pues bien, se afirma en la sentencia y creemos que es aplicable al caso de autos, que "la rebaja del margen comercial correspondiente a los farmacéuticos en la venta o dispensación de los medicamentos implicaba necesariamente, sin más averiguaciones, una disminución de sus beneficios o ganancias en la misma proporción".

No obstante, la sentencia matiza que "no es suficiente el menoscabo económico, factor material, sino que se requiere simultáneamente la concurrencia de otro factor cualificativo, consistente en que sea antijurídico y, por lo tanto, el afectado o la víctima no tenga el deber de soportarlo". Ahora bien, acto seguido no duda en afirmar la existencia de lesión o daño ilegítimo "desde el mismo instante" en que la Orden recurrida fue declarada nula de pleno Derecho. Esta doctrina fue reiterada en varias sentencias del TS, entre otras, las STS de 21 de noviembre de 1994 (Rec. 142/1990), 22 de noviembre de 1994 (Rec. 198/1990); y 5 de diciembre de 1995 (Rec. 455/1993) y, más recientemente, en la misma línea, la STS de 21 de febrero de 2014 (Rec. 5833/2011).

Hay por lo tanto, en el caso de autos, una lesión antijurídica, con causa en la actuación de la Administración, dándose los requisitos exigidos por el art. 139 de la Ley 30/1992. Probablemente por ello la Abogacía del Estado centra el debate en la determinación y cuantificación del daño.

En cuanto al rechazo a determinados documentos y el hecho de incorporar nuevos alegatos que pueden haberse producido por el avance de otros pleitos similares, considera la Sala que ni aquellos documentos suponen modificar el material obrante en autos, que es suficiente hasta el punto que resultan inocua su aportación, y además fue acordada su inclusión en el acto de ratificación de los peritos, ni el hecho de adicionar nuevos argumentos a la vista de los otros procesos es rechazable, con independencia de que pueden considerarse innecesarios, y desde luego no se aprecia que haya desaparecido la igualdad de armas predicable de las partes en sus posiciones contradictorias.

SEPTIMO.- Respecto a la cuantificación del daño se considera que está correctamente calculado por las siguientes razones:

a.- Conviene comenzar por indicar que en el caso de autos, para calcular el daño en el tercer trimestre de 2011, los peritos han tenido en cuenta los ingresos que se hubiesen obtenido aplicando el precio máximo fijado en la ITC/1858/2008 y obtenidos, sustraen las cantidades ingresadas en aplicación de la ITC/2608/2009. También conviene indicar que, de aceptarse esta fórmula de cálculo las cantidades a las que tendría derecho el reclamante sería la solicitada por la actora en el escrito de demanda, acorde con el informe pericial aportado a los autos, o la cantidad muy próxima calculada por el perito judicial, que reduce los 14.700.000 euros pretendidos a 14.662.882,17 euros, cifra que se propone por la actora en sus conclusiones como pretensión subsidiaria, y que prudentemente es la aceptada por la Sala.

El contenido de ambos informes, las mínimas diferencias que presentan, y la justificación dada en los actos de ratificación, todo ello bien comentado en el escrito de conclusiones de la actora, llevan a la Sala a su valoración positiva, que no es desvirtuada de contrario.

b.- Creemos que sí se tiene en cuenta la situación de oligopolio cuando los daños se calculan partiendo de los precios máximos establecidos en la ITC/1858/2008, pues lo lógico es pensar que tal situación se tiene en cuenta por la Administración cuando fija los precios máximos. Los peritos no han partido de los ingresos/costes calculados en un mercado sin restricción alguna, sino que han partido de los precios máximos fijados por la Administración. Forma de proceder razonable y que, salvo mejor criterio, sí tiene en cuenta la situación de oligopolio de hecho.

c.- Conforme a la teoría del daño, para su cálculo debe tenerse en cuenta tanto el denominado daño emergente (pérdida sufrida), como el lucro cesante (ganancia dejada de obtener). En este sentido, en contra de lo sostenido por el Sr. Abogado del Estado, puede existir lucro cesante, aun cuando se hayan obtenido beneficios, no siendo incompatible la obtención de beneficios con la causación de un daño. De hecho, la STS de 15 de octubre de 1990, a la que antes nos hemos referido, indemniza por una disminución, no ausencia, de los márgenes de beneficios.

Para determinar la cuantía del daño hay que analizar la situación de perjuicio patrimonial del perjudicado, lo que se materializa, en principio, en la diferencia entre la situación actual del patrimonio del dañado, económicamente valorada, con la que tendría de no haberse producido el hecho dañoso -lo que se denomina "teoría de la diferencia"- . Así, la STS de 3 de febrero de 2004 (Rec. 7259/1998) razona que "la entidad del resarcimiento,.....abarca todo el menoscabo económico sufrido por el actor, consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió y la que tendría de no haberse realizado el hecho, bien por disminución efectiva del activo, o bien por la ganancia o pérdida, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias derivadas del acto, por cuanto que todo resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado dicho incumplimiento o acto ilícito, lo que



se conoce como *restitutio in integrum*, al comprender la indemnización de daños y perjuicios no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor".

En la misma línea, entre otras, la STS de 13 de junio de 2000 (Rec. 5571/1994). También la jurisprudencia civil aplica el mismo criterio, entre otras, en la STS (Civil) de 2 de abril de 1997 (Rec. 1527/1993) al razonar que "entidad del resarcimiento.....abarca a todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia, pérdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo".

Entendemos, por lo tanto, que el resarcimiento del daño, debe compensar adecuadamente a la empresa reclamante, tanto por el daño emergente, como por el lucro cesante y que, desde esta perspectiva, la fórmula de cuantificación del daño elegida por los peritos es adecuada.

d.- Ciertamente la obtención del GLP puede realizarse de forma natural o a través del refino. En concreto el GLP se puede obtener durante la extracción de gas natural y petróleo del suelo; o bien durante el proceso de refino del crudo del petróleo. Lo que implica que no todo el GLP que se comercializa se importa, pues parte del mismo se obtiene durante el proceso de refino del petróleo. Pero este dato ya se conocía cuando se fijan los precios máximos en las Ordenes analizadas y para fijar el precio máximo no se tiene en cuenta la diferencia entre el GPL obtenido en refinerías y del proceso de extracción del gas natural y del petróleo. Lo mismo cabe decir respecto de la posibilidad de limitar o disminuir los costes de las fluctuaciones en el mercado, acudiendo al mercado de futuros. Estas posibilidades de gestión empresarial ya existían con anterioridad a la Orden impugnada y ni las Ordenes anteriores, ni la impugnada, ni las dictadas con posterioridad las tienen en cuenta para fijar los precios máximos. Lo que por lo demás hace la Administración, es fijar unos precios máximos en defensa del contribuyente, la gestión empresarial, que dentro de dicho margen realicen las empresas para optimizar los beneficios entra dentro de la libertad de empresa, no puede perjudicarles.

Por último, podría ser cierto que el mercado internacional se ha desplazado del Mar del Norte y Arabia Saudí a Europa y Argelia. Pero lo cierto es que es la propia Administración quien acude a estos mercados para fijar el precio máximo y lo sigue haciendo en las Órdenes IET/463/2013 e IET/337/2014.

En suma, una vez que la Sala considera razonable el criterio seguido por los peritos para calcular el daño, se considera que los argumentos vertidos por el Sr. Abogado del Estado no desvirtúan las conclusiones obtenidas por aquellos". »

SEGUNDO.- Por el recurrente se formulan tres motivos de recurso. En el primero, al amparo del apartado c) del art. 88.1 de la Ley Jurisdiccional, se alega vulneración de los arts. 24 y 120.3 de la Constitución, 67 de la Ley Jurisdiccional, 248.3 de la LOPJ y 218 LECivil, así como de la jurisprudencia que cita, por supuesta falta de motivación de la Sentencia, en lo que considera un "salto en el vacío" en su motivación, pues según el recurrente no es explicable que apoyándose en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 que anuló la Orden ITC/2608/2009, que señala expresamente que a tal anulación no se le podían dar consecuencias resarcitorias "ex tunc", sin embargo, a continuación reconoce una indemnización automáticamente por la diferencia entre un régimen y el posterior, sin tener en cuenta otros factores mencionados por este Tribunal Supremo y tomando como base una sentencia también del TS de 15 de octubre de 1990, sobre rebaja del precio de los medicamentos, que ninguna relación guarda, con el supuesto tratado en la instancia.

En el segundo motivo, al amparo del apartado d) del art. 88.1 de la Ley Jurisdiccional, se alega vulneración de los arts. 139, 141 y 142 de la Ley 30/92, por cuanto la Sentencia asume que la anulación de la Orden ITC/2608/2009, presupone derecho a indemnización y se reconoce una indemnización que no se corresponde con tales preceptos. Cuestiona el pronunciamiento de la sentencia de que el daño sea antijurídico, por el solo hecho de que la Orden recurrida fuera nula de pleno derecho, sin más, lo que no puede aceptarse, y más cuando el Tribunal "a quo" se remite a sentencia relativa a dispensación de medicamentos, lo que ninguna identidad guarda, con la determinación del precio máximo de venta antes de impuestos, de los GLP envasados en envases de capacidad de 8 kg. o superior.

En el último motivo, al amparo del apartado d) del art. 88.1 de la Ley Jurisdiccional, se alega vulneración de los arts. 9.3 y 24 de la Constitución, por supuesta arbitrariedad en la valoración de la prueba, en concreto la pericial, que se valora sin tener en cuenta más factores que la diferencia entre un régimen y el posterior, asumiendo de forma simplista que la situación de oligopolio ya se tuvo en cuenta en la Orden ITC 1858/2008 y sin dar relevancia alguna a los beneficios obtenidos por la actora. Añade que se está ignorando el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012, y que no se explica en la sentencia por qué se multiplica la diferencia de precios por la misma cantidad que se vendió, asumiendo que se hubiese vendido exactamente la misma cantidad de GLP, con un precio superior, a pesar de que el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 19 de junio de 2012, dijo que se debían tener en cuenta otros elementos de mercado, que podían



ser positivos para los operadores, elementos de los que se hace abstracción al valorar la prueba, en la que tampoco se razona por qué la barrera de entrada consistente en el menor margen, no pudo favorecer a Repsol Butano, S.A.

TERCERO.- El primero de los motivos, en el que se alega una supuesta falta de motivación de la Sentencia, ha de ser necesariamente desestimado. A esos efectos hemos de remitirnos previamente a la constante doctrina de esta Sala, que recoge, entre otras innumerables, las Sentencias de 23 de mayo de 2.013 (Rec.3439/2010) y 28 de marzo de 2014 (Rec.3869/2011) que en relación a la exigencia de motivación de las sentencias dice:

"2º) como dijimos en sentencia de esta sección sexta de 18 de julio de 2012 (recurso de casación nº 4247/2009) <<La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sostiene que el derecho a la tutela judicial efectiva aunque no garantiza el acierto judicial en la interpretación y aplicación del derecho, si exige, sin embargo, que la respuesta judicial a las pretensiones planteadas por las partes esté motivada con un razonamiento congruente fundado en derecho (STC 224/2003, 15 de diciembre) para evidenciar que el fallo de la resolución no es un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador (STC 24/1990, de 15 de febrero). Motivación a la que expresamente se refiere el art. 120 CE , cuya infracción ahora se invoca. No obstante es significativo que en ninguna norma, ni en la interpretación que del art. 24 CE ha efectuado el Tribunal Constitucional, se ha declarado la existencia de una determinada extensión de la motivación judicial. Cabe, pues, una motivación breve y sintética que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo , 25/2000, de 31 de enero) e incluso se ha reputado como constitucionalmente aceptable desde las exigencias de la motivación del art. 24.1. CE la que tiene lugar por remisión o motivación aliunde (SSTC 108/2001, de 23 de abril y 171/2002, de 30 de septiembre). Sin olvidar que para entender que una resolución judicial está razonada es preciso que el razonamiento que en ella se contiene no sea arbitrario, ni irrazonable, ni incurra en un error patente (STC 214/1999, de 29 de noviembre). Interpretación, la anterior, plenamente asumida por este Tribunal en múltiples resoluciones (27 de mayo, 31 de octubre y 25 de noviembre 2003, 28 y 29 de septiembre 2004, 15 de noviembre de 2004)"

Pues bien, de la transcripción que se ha hecho de la Sentencia, resulta evidente que el Tribunal "a quo" razona los motivos por los que entiende que procede apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración. El Abogado del Estado habla de un supuesto "salto en el vacío" en la motivación de la Sentencia, para discrepar de la interpretación que la Sala de instancia hace de la Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 . Pero el que no se comparta tal interpretación, el que incluso el propio Abogado del Estado hable de la motivación para decir que "carece de lógica expositiva" y que "produce perplejidad", pone de relieve la existencia de la misma y el cumplimiento de la exigencia legal al respecto. Cuestión distinta es que no se comparta su interpretación jurídica, pero ello en modo alguno implica ausencia de motivación, sino que entroncaría con el fondo de la cuestión debatida, y por tanto, debería examinarse al amparo del apartado d) del art. 88.1 de la Ley Jurisdiccional .

CUARTO- Entiende el Abogado del Estado en su segundo motivo de recurso, que no concurren los requisitos para que pueda hablarse de responsabilidad patrimonial, y ello por cuanto la Sentencia de 15 de octubre de 1990 , aludida por el Tribunal "a quo" relativa a la comercialización de medicamentos no es aplicable al caso de autos.

Así las cosas hemos de empezar por referirnos con carácter previo y para su adecuada resolución, a la jurisprudencia reiteradísima de esta Sala sobre la concurrencia de aquellos requisitos necesarios para configurar la responsabilidad patrimonial de la Administración, con especial atención a la vista de los razonamientos de la sentencia de instancia y del motivo de recurso formulado, al requisito de la antijuricidad del daño causado y los supuestos en que existe obligación de soportar este, con detenimiento en casos como el que nos ocupa, de anulación de un acto administrativo, del que cabría tener por derivados los perjuicios por los que se reclama.

Respecto a la primera cuestión, es doctrina jurisprudencial reiteradísima, por todas Sentencia de 28 de marzo de 2014 (Rec.4160/2011) que la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LRJAPAC: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

La jurisprudencia de esta Sala insiste en que "no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna



la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa".

En esa misma línea reiterada jurisprudencia que recoge la Sentencia antes citada, manifiesta que la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la Administración exige la antijuridicidad del resultado o lesión siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

Y también repite la jurisprudencia (por todas SSTs 7 de febrero 2006 recurso de casación 6445/2001 , 19 de junio de 2007, recurso de casación 10231/2003 , 11 de mayo de 2010, recurso de casación 5933/2005) que la apreciación del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso, o la ruptura del mismo, es una cuestión jurídica revisable en casación, si bien tal apreciación ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido correctamente combatidos por haberse infringido normas, jurisprudencia o principios generales del derecho al haberse valorado las pruebas, o por haber procedido, al haber la indicada valoración de manera ilógica, irracional o arbitraria.

Por lo que se refiere a la ausencia de antijuridicidad del daño, citaremos entre otras, nuestra Sentencia de 19 de febrero de 2008 (Rec.967/2004), y la antes mencionada de 28 de marzo de 2014, donde decimos:

"TERCERO.- Se cuestiona en la primera parte del motivo la apreciación de falta de antijuridicidad del daño efectuada en la sentencia de instancia, a cuyo efecto conviene señalar, que con tal requisito se viene a indicar que el carácter indemnizable del daño no se predica en razón de la licitud o ilicitud del acto causante sino de su falta de justificación conforme al ordenamiento jurídico, en cuanto no impone al perjudicado esa carga patrimonial y singular que el daño implica.

Así se ha reflejado por la jurisprudencia, señalando que la antijuridicidad, como requisito del daño indemnizable, no viene referida al aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración sino al 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 (S. 13-1- 00, que se refiere a otras anteriores de 10-3-98, 29-10-98, 16-9-99 y 13-1-00). En el mismo sentido, la sentencia de 22 de abril de 1994 , que cita las de 19 enero y 7 junio 1988 , 29 mayo 1989 , 8 febrero 1991 y 2 noviembre 1993 , señala: "esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar (en el mismo sentido sentencias de 31-10-2000 y 30-10-2003)".

Tratándose de la responsabilidad patrimonial como consecuencia de la anulación de un acto o resolución administrativa, ha de estarse a la jurisprudencia elaborada al efecto sobre la consideración de la antijuridicidad del daño, que se plasma, entre otras, en sentencias de 5-2-96 , 4-11-97 , 10-3-98 , 29-10-98 , 16-9-99 y 13-1-00 , que en definitiva condiciona la exclusión de la antijuridicidad del daño, por existencia de un deber jurídico de soportarlo, a que la actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino razonados en el ejercicio de facultades discrecionales o integración de conceptos jurídicos indeterminados."

La Sala de instancia entiende que se ha producido un daño antijurídico, para lo que ciertamente se remite a la doctrina de la Sentencia de 15 de octubre de 1990 , pero también se remite a la Sentencia de 19 de junio de 2012 , que anula la Orden ITC 2608/2009 .

Es decir, el Tribunal "a quo", aunque se remite a la Sentencia de 15 de octubre de 1990 , transcribe también el tenor de la Sentencia de 19 de junio de 2012 , que dice que a la declaración de nulidad de la Orden no se le pueden asignar automáticamente consecuencias resarcitorias "ex tunc", sino que será necesario acreditar que efectivamente se han producido perjuicios como consecuencia de la Orden anulada.

En ningún momento de habla de la obligación de soportar los daños causados, derivados de la anulación, por tanto no se excluye la antijuridicidad del daño, sino que la Sentencia de este Tribunal de 19 de Junio de 2012 , lo que exige es la acreditación de aquellos, de su alcance y cuantía. No deja de ser significativo y en ello ha de darse la razón a la parte recurrida, que el Abogado del Estado se refiera por primera vez en sede casacional, a la ausencia de antijuridicidad del daño, habiéndose limitado en la instancia, en un sucinta contestación a la demanda, a negar la causación de los efectivos perjuicios, sin hacer ninguna mención a la exclusión de la antijuridicidad del daño.

En definitiva en la Sentencia de 19 de Junio de 2012 , a la que se remite el Tribunal "a quo", se señala que a los efectos de cualquier resarcimiento, será exigible que se tengan en cuenta otros factores, así como en su caso de elementos "compensadores".



Y eso es lo que hace la Sala de instancia, va analizando la prueba pericial practicada, lo que hace de forma más que detallada, y los elementos y factores tenidos en cuenta, tal y como exigía la Sentencia de 19 de junio de 2012, entre los que destacan los ingresos que se hubieran obtenido aplicando el precio máximo fijado en la ITC/1858/2008 y la sustracción que de estos cabría hacer de las cantidades ingresadas en aplicación de la ITC 2608/2009; la situación de oligopolio, la no importación de todo el GLP que se comercializa y las variaciones de los costes de las fluctuaciones del mercado.

Es verdad que esta Sala en algunas Sentencias (por todas la de 5 de Julio de 2007 Rec. 7841/2002) en supuestos de no actualización de precios máximo de GLP, rechazó la responsabilidad patrimonial de la Administración, al entender que no había un daño antijurídico, pero aquellos eran supuestos distintos al ahora contemplado, pues en ellos el Gobierno en cumplimiento de los objetivos generales de la política económica y en especial a los efectos de la contención de precios, optó por mantener los precios máximos de esos gases sin actualización, lo que es radicalmente distinto al escenario ahora examinado, en que su actualización se realiza incorrectamente y de forma poco razonable, como veremos, por lo que tiene que ser judicialmente anulada.

Si bien puede imponerse un deber de soportar el daño, cuando el Gobierno en el marzo de sus competencia toma una determinada opción de política económica, no cabe por el contrario imponer tal obligación, cuanto la propia Sentencia de 19 de Junio de 2012 , dice en su fundamento jurídico décimo que "no puede admitirse como razonable un precio regulado que impone a los suministradores la venta a pérdidas durante un período prolongado de tiempo", recogiendo además una vulneración del principio de proporcionalidad en la intervención pública en la fijación específica de precios máximos de GLP que se había acordado y que fue objeto de anulación. Previamente la citada Sentencia en su fundamento jurídico noveno, señala que la Orden ITC/2608/2009 no se atiene a la autorización que contiene la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 34/1998 de Hidrocarburos , señalando que se está prescindiendo de fundamentos económicos que deben regir la formación de cualquier "precio" de venta al público de un producto, como es el no imponer a los operadores de un sector, la venta a pérdidas durante períodos prolongados de tiempo, agravando además la situación de falta de competencia, dificultando la incorporación de nuevos operadores alternativos..

Ninguna duda surge del contundente tenor de la Sentencia de 19 de Junio de 2012 , de, que la actuación de la Administración en las Resoluciones impugnadas, excedía los límites de la razonabilidad y ponderación, vulnerando además el principio de proporcionalidad, por lo que no cabe excluir la antijuridicidad de un daño, que ha quedado acreditado, como diremos en el siguiente motivo.

En definitiva, no apreciándose le vulneración de los preceptos que se recogen en el motivo de recurso, este debe ser desestimado, al quedar acreditada la concurrencia de los requisitos definidores de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

QUINTO.- El Abogado del Estado, en su último motivo de recurso, con cita genérica de los arts. 9.3 y 24 de la Constitución , se limita a alegar una valoración arbitraria de la prueba practicada, con alegaciones también genéricas sobre la referencia a la situación de oligopolio y a precios de mercado.

Ha dicho esta Sala hasta la saciedad, que, para impugnar la valoración de la prueba por arbitraria, no basta con alegar la supuesta arbitrariedad, sino que es necesario precisar en dónde radica esta, ya que dicha alegación no puede servir para tratar de sustituir la valoración de la prueba hecha por el Tribunal "a quo", por la propia del recurrente.

La Sentencia examina detalladamente las periciales de parte que pone en relación con periciales judiciales practicadas en otros procedimientos, tal y como se ha transcrito, y ante esa extensa argumentación de la Sentencia de instancia, consecuencia lógica de la amplia y detallada prueba pericial, en la que se tienen en cuenta aquellos elementos "correctores" recogidos por la Sentencia de 19 de junio de 2012 , el Abogado del Estado se limita a hacer consideraciones abstractas, carentes de cualquier cuantificación o detalle y sin referencia a la específica prueba practicada y a aquellos concretos extremos cuya valoración pudiera resultar arbitraria.

No acreditada pues, ninguna arbitrariedad en la valoración de la prueba, el motivo de recurso debe ser desestimado.

SEXTO.- En atención a todo lo expuesto, procede declarar no haber lugar al recurso de casación, lo que determina la imposición legal de las costas causadas a la parte recurrente en aplicación del artículo 139.2º de la Ley Jurisdiccional , si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el punto 3º del citado precepto legal y teniendo en cuenta las especiales circunstancias que caracterizan este recurso y la dificultad del mismo, señala en 4.000 euros más IVA la cifra máxima que, por todos los conceptos, podrá ser repercutida por la parte recurrida que se personó y ejercitó efectiva oposición.



FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :No haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra Sentencia de 9 de octubre de 2014, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid , con condena en costas al recurrente en los términos establecidos en el fundamento jurídico sexto.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jose Manuel Sieira Miguez D. Rafael Fernandez Valverde D. Juan Carlos Trillo Alonso D. Wenceslao Francisco Olea Godoy D. Cesar Tolosa Tribiño D. Mariano de Oro-Pulido y Lopez **PUBLICACION.**- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo Sr. Magistrado Ponente de la misma, Don Jose Manuel Sieira Miguez, hallándose celebrando audiencia pública, ante mi la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENTRAL