



Roj: **STS 264/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:264**

Id Cendoj: **28079130052017100030**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **30/01/2017**

Nº de Recurso: **58/2014**

Nº de Resolución: **123/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JUAN CARLOS TRILLO ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 123/2017

Fecha de sentencia: 30/01/2017

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION Número del procedimiento: 58/2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 25/01/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.8

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús

Pera Bajo Transcrito por: EAL Nota:

Resumen

Responsabilidad patrimonial por fijación de los precios máximos de venta de gases licuados de petróleo envasados.

RECURSO CASACION núm.: 58/2014

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús

Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 123/2017

Excmos. Sres.

D. José Manuel Sieira Míguez, presidente

D. Rafael Fernández Valverde

D. Juan Carlos Trillo Alonso



D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. César Tolosa Tribiño

D. Mariano de Oro Pulido y López

En Madrid, a 30 de enero de 2017.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación que con el número 58/14 ante la misma pende de resolución, interpuesto por el procurador don José Pedro Vila Rodríguez, en nombre y representación de <<Repsol Butano, S.A.>>, que ha sido defendida por el letrado don Fernando Castedo Álvarez, contra sentencia de fecha 5 de noviembre de 2013, dictada en el recurso contencioso administrativo número 578/12, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Octava, sobre indemnización de daños y perjuicios ocasionados por resolución que publica precios máximos de venta de gases licuados del petróleo. Siendo parte recurrida la Administración General del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor:

<<Que en el presente Recurso Contencioso Administrativo, Procedimiento Ordinario número Nº 578/2012, formulado ante la AN, remitido a la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por la Mercantil Repsol Butano, S.A. representada por el Procurador D. José Pedro Vila Rodríguez, asistida del Letrado D. Fernando Castedo Álvarez siendo parte demandada el Ministerio de Industria Turismo y Comercio, representado y asistido del Abogado del Estado, debemos realizar y realizamos los siguientes pronunciamientos:

Primero.- Que debemos estimar y estimamos la pretensión del recurso formulado frente a la desestimación expresa de fecha 26/5/2011 del recurso formulado, de la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio en relación a los precios máximos de venta antes de impuestos de los gases licuados de petróleo envasados, (GPL envasados) correspondiente al primer trimestre del año 2011, resolución publicada en el BOE en fecha 31/3/2011. Se anula dicha resolución por no ser conforme a derecho.

Segundo.- Que debemos desestimar y desestimamos la pretensión instada en lo concerniente a la indemnización solicitada, por entender que no concurren los requisitos exigibles, atendiendo a los parámetros que se establecen en la Sentencia del TS de 19/6/2012, por los motivos expuestos.

Tercero.- No procede la imposición de costas a la parte recurrente al haberse formulado el Recurso en fecha 3/8/2011, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 37/2011>>.

Y con fecha 26 de noviembre de 2013 se dictó auto de aclaración con el siguiente fallo:

<<La Sala acuerda: Rectificar el error material de la Sentencia nº 799 de fecha 05/11/2013 dictada en el presente recurso, debiendo entenderse que donde dice: "... resolución publicada en el BOE en fecha 31/3/2011" debe decir: "resolución publicada en el BOE el 31/12/2010">>.

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de <<Repsol Butano, S.A.>> presentó escrito ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Octava, preparando el recurso de casación contra la misma. Por Providencia la Sala tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y el expediente administrativo 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 amparaba, suplicando que se tuviera por interpuesto el recurso de casación contra la referida sentencia y que previos los trámites legales la Sala dicte sentencia << [...] por la que, case y deje sin efecto la Sentencia recurrida y, de conformidad con lo establecido en el artículo 95.2.d) de la LRJCA, resuelva en términos plenamente coincidentes con el Suplico del escrito de demanda del citado recurso contencioso-administrativo >>.

CUARTO. - Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación, por esta Sala se emplazó a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días formalizara su escrito de oposición, lo que verificó en tiempo y forma el Abogado del Estado, en el nombre y representación que ostenta, impugnando los motivos de recurso de casación en virtud de las razones que estimó procedentes y suplicando que la Sala dicte sentencia <<[...]



por la que, con desestimación del recurso confirme la que en el mismo se impugna y se impongan las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en la LJCA>>.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día veinticinco de enero de dos mil diecisiete, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso de casación, la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el 5 de noviembre de 2013, en el recurso contencioso administrativo número 578/12, interpuesto por la mercantil también ahora recurrente, <<Repsol Butano, S.A.>>, contra la resolución de la Subsecretaría de Industria, Turismo y Comercio, de 26 de mayo de 2011, desestimatoria del recurso de alzada deducido contra otra de la Dirección General de Política Energética y Minas, de 7 de diciembre de 2010, por la que se establecen, para el primer trimestre de 2011, los nuevos precios máximos de venta, antes de impuestos, de los gases licuados de petróleo envasados, en envases de capacidad igual o superior a 8 Kg., excluidos los envases de mezcla para usos de los gases licuados del petróleo como carburante (GLP envasado).

En la demanda se instó que se declarase ilegal el precio establecido para el primer trimestre de 2011, reclamándose además la indemnización por los perjuicios que se consideraban ocasionados (18.900.000 euros).

La sentencia recurrida, con fundamento en la anulación por la sentencia de este Tribunal de 19 de junio de 2012 (recurso 110/2009), de la Orden ITC/2608/2009, de 28 de septiembre, cuyo artículo único modifica el apartado tercero de la Orden ITC/1958/2008, de 26 de junio, estima la pretensión de declarar ilegal el precio publicado en la resolución impugnada, pero desestima la relativa a la reclamación indemnizatoria, con el argumento siguiente:

<<En lo referente al segundo apartado del petitum de la Demanda, consistente en que se declare el derecho de la mercantil recurrente a ser indemnizada, entendemos que no procede, a tenor de lo que se establece en la fundamentación jurídica de la Sentencia del Tribunal Supremo a la que venimos haciendo referencia, por no concurrir los requisitos configuradores de la Responsabilidad patrimonial frente al Estado, conforme dispone la Ley 30/92 en sus artículos 139 y siguientes, con el alcance que se insta en la demanda.

Entendemos que no resulta factible, dado el tenor literal de la Sentencia, conferir <<< efectos ex tunc >>>, por mor de lo que el propio Tribunal Supremo expresa y sin desconocer que por el alto tribunal se dice en la Sentencia <<< (...) "que la orden, al restringir indebidamente la competencia los operadores instalados en el sistema, pueden haber visto en cierto modo facilitada o al menos no agravada su posición competitiva previa>>>. Deducimos por tanto en el supuesto enjuiciado, acorde con la Sentencia del Tribunal Supremo, que no se han acreditado los requisitos configuradores para la existencia de una responsabilidad patrimonial frente al Estado Legislador, con efectos "ex tunc".

En particular, debemos hacer especial hincapié en que la Orden ha sido anulada mediante Sentencia de fecha **19/6/2012**, y en definitiva, al no anudarse en la Sentencia efectos "ex-tunc", no pueden atribuirse los daños pretendidos por la parte recurrente, entendemos, que hasta la fecha de la Sentencia del Alto Tribunal. De lo anterior se colige que siendo las pretensiones instadas anteriores a la anulación de la Orden por el Tribunal Supremo, con los efectos, límite y alcance que en la misma se determina, la pretensión instada no puede tener favorable acogida en este apartado>>.

SEGUNDO.- Disconforme Repsol Butano SA con la sentencia de mención, interpone el recurso de casación que nos ocupa con apoyo en un único motivo por el que al amparo del artículo 88.1 d) sostiene la infracción de los artículos 106.2 de la Constitución y 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, así como de la Jurisprudencia que los aplica e interpreta, con el argumento central de que en el supuesto enjuiciado concurren todos los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

Es de advertir que con fecha 27 de noviembre de 2015 se dicta sentencia por esta Sala en el recurso de casación número 2047/2014, desestimatoria del deducido por la Abogacía del Estado contra sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 9 de abril de 2014, por la que estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por <<Repsol Butano, S.A.>>, contra la denegación presunta del recurso de alzada planteado contra resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, de 2 de septiembre de 2011, reconoce el derecho de la indicada mercantil a ser indemnizada por los daños y perjuicios derivados de los precios establecidos para el cuarto trimestre de 2011 por la resolución de mención, para los gases de petróleo



envasados en envases de capacidad igual o superior a 8 kg., excluidos los envases de mezcla para uso de los gases licuados del petróleo como carburante.

Y es de advertir también que con fecha 27 de enero de 2017 se dicta sentencia en el recurso de casación 3968/2014, desestimatoria del interpuesto por la Abogacía del Estado contra sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Octava), del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 9 de octubre de 2014, en la que, cambiando el criterio adoptado en la sentencia aquí recurrida, se reconoce el derecho de <<Disa Gas, S.A.U>>, a ser indemnizada por los daños y perjuicios derivados de los precios establecidos para el tercer trimestre de 2012 por la resolución de la dirección General de Política Energética y Minas, de 29 de junio de 2012.

En efecto es oportuno advertirlo pues el reconocimiento en las sentencias referenciadas de esta Sala de la responsabilidad patrimonial demandada en supuestos análogos al ahora enjuiciado, exige la declaración de haber lugar al recurso por razones de coherencia y seguridad jurídica.

Recordemos que la sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de abril de 2014, en el extremo relativo al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial, concreción de los daños y determinación de la cuantía a indemnizar, se expresaba en los siguientes términos:

<<"CUARTO.- La Sala no comparte las argumentaciones dadas por la Abogacía del Estado y todo ello por las siguientes razones:

1.- En primer lugar y aunque no es objeto de especial discusión, 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 (LRJAPyPAC)-. 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 LRJAPyPAC. Probablemente por ello la Abogacía del Estado centra el debate en la determinación y cuantificación del daño."

Por lo que a la cuantía a indemnizar se refiere y a los daños que quedan acreditados, se señala:

"2.- La Sala entiende que el daño y su cuantía están correctamente calculados por las siguientes razones:

a.- Conviene comenzar por indicar que en el caso de autos, para calcular el daño, 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 serían de 10.600.000 € por el cuarto trimestre de 2011 y 15.400.000 € por el primer trimestre de 2012, es decir, un total de 26.000.000 €.



Ciertamente, como se infiere del resumen de hechos contenido en el primer fundamento de Derecho de esta sentencia, para la reclamación contenida en el Rec. 792/2012, no se ha practicado pericial judicial y solo obran en autos periciales de parte. Pero tal dato no nos parece decisivo, ni del mismo cabe inferir que los daños no estén insuficientemente probados, pues los peritos judiciales en los restantes procesos relativos a periodos distintos del mismo han aplicado la misma técnica de cálculo de los daños y han ratificado, con mínimas diferencias, las cantidades contenidas y calculadas en los informes periciales de parte. Por lo que podemos considerar adecuadamente probados los daños que se reclaman con base a los dictámenes periciales de parte.

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, si 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 resarcimientoabarca a todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor consistente en a 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 adecuado 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. Repárese en que, como indica el perito, de tener en cuenta el criterio propuesto por la Abogacía del Estado, recibiría una indemnización mayor la empresa que adopta una posición pasiva, que aquella que adopta una posición activa, minimizando en lo posible los daños causados por la Orden anulada.



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, nos parece que los argumentos vertidos por el Sr. Abogado del Estado, no desvirtúan las conclusiones obtenidas por aquellos">>.

Y recordemos también que en el fundamento de derecho sexto de la sentencia de esta Sala de 27 de noviembre de 2015 dijimos lo siguiente:

<<[...] 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 antijuridicidad 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 , en su fundamento jurídico cuarto, pero también con anterioridad, en su fundamento jurídico segundo, 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 se 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, cuando en su fundamento jurídico cuarto, apartado 2º, 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 marco 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>>.

TERCERO.- Acogido el único motivo del recurso con la apreciación de la existencia de responsabilidad patrimonial por parte de la Administración, nos queda por resolver la cuestión relativa a la cuantificación de la indemnización.

Pues bien, la rigurosidad y bondad del informe emitido por el perito designado judicialmente, Sr. Damaso , en el que se alcanza una cifra indemnizatoria de 18.837.463 euros, rigurosidad y bondad apreciable no solo a la hora de establecer el método a seguir para la concreción de las pérdidas sino también a la hora de cuantificar éstas, conduce a que fijemos como cuantía indemnizatoria la dictaminada por dicha pericial judicial.

CUARTO.- Al haberse estimado el recurso de casación interpuesto no cabe hacer pronunciamiento de imposición de las costas, sin que se aprecien circunstancias para su imposición en la instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

PRIMERO.- Ha lugar al recurso de casación deducido por la representación procesal de <<Repsol Butano, S.A.>>, contra sentencia de fecha 5 de noviembre de 2013, dictada en el recurso contencioso administrativo número 578/12, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Octava .

SEGUNDO.- Casamos y dejamos sin efecto dicha sentencia y, con estimación del recurso contencioso administrativo, anulamos la resolución impugnada y, en consecuencia, reconocemos el derecho de

<<Repsol Butano, S.A.>> a ser indemnizada por la Administración demandada, en concepto de daños y perjuicios, en la cantidad de 18.837.463 euros, más los intereses legales desde el 1 de abril de 2011.

TERCERO.- Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

José Manuel Sieira Míguez Rafael Fernández Valverde

Juan Carlos Trillo Alonso Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. César Tolosa Tribiño Mariano de Oro Pulido y López

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Juan Carlos Trillo Alonso** , estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.