



Roj: STS 1411/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1411
Id Cendoj: 28079130062016100099
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 2611/2014
Nº de Resolución: 793/2016
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JUAN CARLOS TRILLO ALONSO
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo **Contencioso-Administrativo**

Sección: SEXTA

S E N T E N C I A

Sentencia Nº: 793/2016

Fecha de Sentencia: 06/04/2016

RECURSO CASACION Recurso Núm.: 2611 / 2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Votación: 15/03/2016

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 8

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

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Angeles Moreno Ballesteros

Escrito por: EAL

Nota:

Responsabilidad patrimonial: demora en autorización de línea de transporte y trato desigual.

RECURSO CASACION Num.: 2611/2014

Votación: 15/03/2016

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

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. Angeles Moreno Ballesteros

S E N T E N C I A 793/2016

TRIBUNAL SUPREMO.

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN: SEXTA

Excmos. Sres.: Presidente:

D. Octavio Juan Herrero Pina

Magistrados:

D^a. Margarita Robles Fernández

D. Juan Carlos Trillo Alonso

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D^a. Inés Huerta Garicano

En la Villa de Madrid, a seis de Abril de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala Tercera, Sección Sexta, del Tribunal Supremo, constituida por los señores al margen anotados, el presente recurso de casación que con el número 2611/14 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la procuradora doña Isabel Julia Corujo, en nombre y representación de <<Autobuses Pamplona-Madrid, S.L.>>, que ha sido defendida por el letrado Sr. Sánchez-Gamborino, contra sentencia de fecha 6 de mayo de 2014, dictada en el recurso contencioso administrativo número 473/12, por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Octava, sobre indemnización por denegación de concesión de transporte de viajeros. Siendo parte recurrida la Administración General del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene la parte dispositiva del siguiente tenor: <<PRIMERO.- DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo formulado por "AUTOBUSES PAMPLONA-MADRID, S.L.", contra resolución del Ministerio de Fomento, de fecha 21 de diciembre de 2011, a que las presentes actuaciones se contraen. SEGUNDO.- Se imponen las costas a la parte actora>>.

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de <<Autobuses Pamplona-Madrid, S.L.>>, presentó escrito ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional 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 revocando aquella de instancia y por la que se declaren nulas dichas Resoluciones, y subsidiariamente se anulen, examinando y resolviendo directamente el debate en los términos en que fue planteado en el proceso de instancia, conforme al art. 95.2, letras c) y d) de la Ley de esta Jurisdicción, y así declarando que mi mandante sí tiene derecho a la indemnización que en su día reclamó al Ministerio de fomento, en la cuantía de 45.618.238,10 euros, que quedó acreditada en el expediente administrativo, más lo correspondientes intereses, imponiendo las costas procesales tanto de la primera instancia como de la presente casación a la Administración demandada>>.

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 le es propia, impugnando los motivos del 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 quince de marzo de dos mil dieciséis, fecha en que tuvo lugar, en cuyo acto el ponente del recurso, Excmo. Sra. doña Inés Huerta Garicano, por no participar del criterio mayoritario, declinó la ponencia y anunció el voto particular que está incorporado, por lo que el Excmo. Sr. Presidente de la Sección encomendó la redacción de la sentencia al magistrado Excmo. Sr. don Juan Carlos Trillo Alonso.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso, Magistrado de la Sección.

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 de la Audiencia Nacional, el 6 de mayo de 2014, en el recurso contencioso administrativo número 473/2012, interpuesto por la mercantil también ahora recurrente, Autobuses Pamplona-Madrid, S.L., contra la desestimación presunta del recurso de reposición deducido contra resolución del Ministerio de Fomento, de 21 de diciembre de 2011, que deniega la reclamación indemnizatoria formulada por dicha sociedad el 23 de diciembre de 2009 en concepto de responsabilidad patrimonial, con fundamento esencialmente en el lucro cesante sufrido por la dilación en la tramitación de su solicitud el 30 de noviembre de 1978 de la concesión del servicio regular de transporte de viajeros por carretera, de carácter permanente y uso general, Madrid-Pamplona, por Burgos y Logroño, con prolongación de la frontera francesa de Arnegui, así como por los perjuicios sufridos al haberse autorizado a otras empresas, por resolución de la Dirección General de Ferrocarriles y Transportes por Carretera, de 1 de diciembre de 1998, con trato desigual, la realización del tráfico Madrid- Pamplona, mediante el solape de las concesiones Madrid-Soria y Soria- Pamplona.

Se argumenta en la resolución de 21 de diciembre de 2011 que <<Ante todo, tal y como resulta del expediente, ha de entenderse que no cabe reclamar daño alguno en relación a ese tráfico "solapado" Madrid-Pamplona, por Soria, resultado de la coordinación de la concesión estatal con la concesión navarra, por cuanto la reclamante interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución que lo autorizó, de 1 de diciembre de 1998, y dicho recurso fue desestimado por Sentencia de 26 de enero de 2006 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, firme y definitiva al ser inadmitido el recurso de casación contra la misma por Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008 >> y que con relación a la denegación de la concesión solicitada el 30 de noviembre de 1978, la solicitud de responsabilidad se halla prescrita.

Dice así el fundamento de derecho IV de la indicada resolución:

<<Siendo así, en este caso, ha transcurrido muy en exceso el plazo de un año de la prescripción. De un lado, la anulación de la decisión de no tramitar la petición (que lo fue en cumplimiento de la disposición transitoria de la Orden de 29 de enero de 1979), tuvo lugar por Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de marzo de 1986, confirmada por la del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1998. Desde esa fecha han transcurrido más de diez años. De otro lado, la denegación de la petición en cuanto al fondo, por resolución de 15 de julio de 1997 fue anulada por la Sentencia de 11 de diciembre de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desde cuya fecha también han transcurrido más de seis años hasta la petición de indemnización que se hace. Por tanto debe desestimarse la petición al haberse producido la prescripción>>.

Añade la resolución de mención en su fundamento de derecho V que

<<A todo ello puede añadirse que la reclamante no acredita un daño directo y efectivo, pues la organización definitiva de la mercantil para el tráfico de esa línea de transporte de viajeros se produce mediante la constitución de la sociedad que ahora reclama con posterioridad a la adjudicación provisional de la línea, el 22 de febrero de 2008. El reclamante se limita a formular una simple hipótesis de cual habría sido su beneficio de explotación de la línea en régimen práctico de monopolio del tráfico de viajeros (al 100% se dice en su escrito) desde 1978, y las meras expectativas no son resarcibles>>.

La actora, en su demanda, cuestiona la declaración de la prescripción y fundamenta la reclamación <<[...] no sólo en un craso error del Ministerio al calificar de innecesaria una concesión de autobuses que después los Tribunales calificaron de todo lo contrario, con grave perjuicio a mi poderdante, ya que las condiciones del concurso -muy ajustadas en términos económicos igual que las circunstancias de su prestación efectiva, en 2009- nada tenían que ver con las -mucho más favorables- existentes en 1978 cuando se solicitó este servicio, sino además en que, mientras a mi mandante el Ministerio le decía, una y otra vez, que el servicio concesional Madrid-Pamplona no era necesario, al mismo tiempo lo estaba autorizando a terceros, en concreto a las empresas CONTINENTAL y CONDA, mediante fórmulas de combinación entre sus respectivas concesiones Madrid-Soria (VAC- 022) y Soria-Pamplona (NA-19)>>, con invocación de los perjuicios que se le han irrogado con la desigualdad de trato que se le ha infringido, refiriendo una actuación oscurantista de la Administración, y al haberla privado durante largo tiempo del acceso a la titularidad de la solicitada concesión.

La sentencia recurrida desestimatoria del recurso contencioso administrativo, aprecia la prescripción de la acción y, a mayor abundamiento, niega la concurrencia de un daño efectivo.

Para llegar a esa conclusión desestimatoria del recurso, la Sala de instancia sintetiza en el fundamento de derecho tercero de su sentencia las vicisitudes por las que pasó la solicitud. Dice así el indicado fundamento:

<<Para mejor abordar la presente "litis" conviene subrayar los siguientes extremos, sintetizando los sucesivos jalones procedimentales y jurisdiccionales en los que se inscribe la pretensión sustanciada en autos:

a) La primera petición de otorgamiento de concesión se dedujo el día 30 de noviembre de 1978 y no fue admitida a trámite, como consecuencia de la Orden de 29 de enero de 1979, que creó una Comisión para estudio y planificación de servicios públicos regulares de transporte de viajeros de largo recorrido, que cerró provisionalmente la admisión de instancias y suspendió la tramitación de las pendientes.

b) Formulada impugnación en sede jurisdiccional se obtiene sentencia estimatoria de la Audiencia Nacional de 10 de marzo de 1986 (confirmada por la del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1988). En consecuencia, se presenta un proyecto de explotación de la línea en enero de 1987, con sometimiento e información pública.

c) Al entrar en vigor la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres, se archiva el expediente administrativo por imperativo de la Disposición Transitoria 4 de la Ley y no haber declaración de necesidad de establecimiento del servicio.

d) La Audiencia Nacional ordena se tramite la solicitud conforme al Reglamento de Ordenación de los Transportes Mecánicos de 1949. Las resultas son una nueva decisión denegatoria de 15 de julio de 1997, basada en la no necesidad de la concesión, por existir dos concesiones, Madrid-Soria y Soria-Pamplona con extensión a la frontera francesa.

e) Ese acto administrativo es anulado en Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de diciembre de 2003 .

f) Se produce una adjudicación provisional el 22 de febrero de 2008 y una definitiva de 22 de diciembre del mismo año, y el servicio se inicia el 21 de enero de 2009.

y g) La impugnación paralela de las concesiones solapadas a que se hace alusión en el apartado d) fue desestimada en Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de enero de 2006 , respecto de la que el Tribunal Supremo inadmitió recurso de casación en fecha 25 de noviembre de 2008 >>.

Tras exteriorizar el Tribunal *a quo* en el fundamento de derecho cuarto la Jurisprudencia que entendió de aplicación al caso, en el quinto justifica la apreciación de la prescripción de la acción en los siguientes términos:

<<Como bien argumenta el demandado, en el supuesto que nos ocupa ese término prescriptivo del artículo 142.4 de la Ley 30/1992 ha sido rebasado con creces. Por una parte, la anulación de la resolución que acordó no tramitar la primera petición de 1978 (consecuencia de la disposición transitoria de la Orden de 29 de enero de 1979) se produce en Sentencia de esta Sala de 10 de marzo de 1986, confirmada por el Tribunal Supremo el 26 de septiembre de 1998, transcurriendo más de once años desde esa data hasta la solicitud de indemnización, presentada en vía administrativa el 23 de diciembre de 2009. De otro lado, si se tuviera en cuenta la ulterior Sentencia de 11 de diciembre de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid , que anula la resolución denegatoria de 15 de julio de 1997, habrían transcurrido seis años hasta la petición de 23 de diciembre de 2009>>.

Y en el sexto, a mayor abundamiento, razona sobre la inexistencia de daño efectivo, expresando lo siguiente:

<<Pero aun prescindiendo de esa consideración, el recurso no puede prosperar. Si el otorgamiento de la concesión gozara de automatismo, es evidente que el daño se hubiese generado en el año 2003, por lo que había operado, según lo que hemos expuesto, la prescripción. Y si se acepta el argumento del actor de que el plazo debe correr desde el inicio de la explotación, enero de 2009, que es cuando se produciría el efecto lesivo, se incurriría en una clara contradicción, pues no puede establecerse el inicio del daño en 1978, negarlo en 2003 y resucitarlo en 2009, en cuanto, realmente, no existía automatismo alguno. Esto es, no es dable advertir daño efectivo cuando no necesariamente se obtiene la condición de concesionario en ninguno de los hitos del largo proceder administrativo, y el propio promovente llega a reconocer que "podría no haber ejercido ese derecho" (a ser concesionario), añadiendo que "no tenía ni idea de cuánto perjuicio iría a tener, si es que finalmente resultaba concesionaria" (eso en 2003), en su escrito de conclusiones.

En cuanto a los daños vinculados a la existencia de concesiones solapadas, lo cierto es que, como consignamos en ordinal precedente de la presente resolución, estas fueron santificadas en Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de enero de 2006 , con ulterior inadmisión del derivado recurso de casación el 25 de noviembre de 2008>>.

En el séptimo rechaza el Tribunal la alegación de indefensión con el siguiente texto:

<<Tampoco puede prosperar cuanto se alega en relación con una pretendida indefensión por no haber contado con trámite de audiencia ante el Consejo de Estado. Ese trámite de alegaciones es potestativo, ex artículo 125 del Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio , no integrando un verdadero trámite de audiencia, y, en todo caso, no se alcanza a colegir en qué medida sus posibles alegaciones pudieran entrañar un "plus" a cuantas ha vertido en el expediente administrativo y en el litigio. El invocado vicio no sería invalidante, de admitirse fuera tal, solo una mera irregularidad sin trascendencia que no ha generado indefensión alguna>>.

Y en el octavo reitera a modo de conclusión la apreciación de la prescripción de la acción y de la inexistencia de daño, diciendo lo que sigue:

<<En conclusión, y con independencia de haber operado la prescripción específica del instituto de la responsabilidad patrimonial, resulta evidente que la pretensión, incardinada, eso sí, en un proceloso discurrir administrativo y jurisdiccional, no responde a una posición o situación consolidada, más bien entraña una mera posibilidad de adjudicación, una simple hipótesis o expectativa que, por próxima a una cierta certidumbre pudiera estar, no es más que un sueño de ganancia de beneficio o lucro, no susceptible, por tanto, de compensación, por lo que la Sala es de criterio, en virtud de cuanto se ha expuesto, que procede desestimar el recurso jurisdiccional ahora deducido>>.

SEGUNDO.- Disconforme la recurrente en la instancia con la sentencia, interpone el recurso casación que ahora nos ocupa con apoyo en siete motivos que muy sintéticamente pueden resumirse así:

Primero (88.1.c)): incongruencia omisiva por no pronunciarse la sentencia sobre alegaciones básicas de la actora fundamentadoras de su demanda;

Segundo (88.1.d)), por omitir una necesaria relación de hechos probados, con olvido del dictamen pericial, ratificado el 19 de junio de 2013, en el que quedaba acreditado la cuantía de los perjuicios sufridos y el nexo causal con el comportamiento del Ministerio de Fomento. Esta falta de valoración de la prueba supone una arbitrariedad para cuya subsanación insta la integración de los siguientes hechos: 1) El otorgamiento de <<billetes combinados>> y <<solapes>> a terceros, con posterioridad a la solicitud inicial de 1978, siendo ésa la causa por la que el Ministerio de Fomento denegó la concesión en 1997; 2) Esa anómala actuación del Ministerio fue el origen de los perjuicios; 3) La diferente situación socioeconómica entre la fecha de la petición y el otorgamiento de la concesión ha agravado los perjuicios; 4) Cuantía de los perjuicios sufridos;

Tercero (88.1.d)), por infracción del art. 106.2 CE , al concurrir todos los requisitos legalmente exigidos para ser acreedora de una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial en los términos solicitados;

Cuarto (88.1.d)), por inaplicación de los arts. 139.1.2 y 140.1 de la Ley 30/92 y art. 2.1 del Real Decreto 429/93 ;

Quinto (88.1.d)), por infracción del art. 142.4 e inaplicación de su apartado 5, al entender que el plazo de prescripción se inicia en la fecha en la que se conoce el daño sufrido;

Sexto (art. 88.1.d)) por infracción del art. 77.3 de la LOTT y 90 y 91 de su Reglamento (Real Decreto 1211/90), al creer erróneamente la sentencia que la reclamación se fundamentaba en la falta de cobertura legal del billete combinado y después de los <<solapes>> otorgados a terceros (y confirmados por sentencia firme), cuando el verdadero reproche que se hace y que integra el funcionamiento anormal de la Administración -extremo que no ha sido capaz de identificar la sentencia- no es otro que, mientras que a los predecesores de la recurrente -que solicitaron la concesión de autobuses Madrid-Pamplona en 1978-, el Ministerio se la denegó, sin embargo autorizó ese mismo a tráfico a terceros en 1982 vía <<billete combinado>> -y en cuanto empezó a regir la LOTT, mediante <<solape>>, reforzado en 1992 vía unificación concesional VAC-022-, para, posteriormente, en 1997, denegarle el título concesional porque no era necesaria su creación al estar ya atendido el servicio, servicio que el propio Ministerio creó después de su inicial solicitud, y es esa "doble vara de medir", con ausencia de buena fe, el principal reproche, base de la reclamación; y

Séptimo (art. 88.1.d)), por inaplicación del principio de buena fe, con infracción del art. 7.1 y 4.3 Código Civil , 3.1 Ley 30/92 , 1093 y 1902 y 1106 C. Civil .

Pues bien, un orden lógico jurídico de enjuiciamiento exige, tras examinar el motivo primero, en cuanto en él se denuncia quebrantamiento de las normas reguladoras de la sentencia, concretamente incongruencia omisiva, resolver el motivo quinto, en cuanto cualquiera que sea el pronunciamiento sobre el mismo haría innecesario el examen y resolución de los restantes. Si se estima porque apreciada inexistencia del transcurso del plazo prescriptivo, de conformidad con el artículo 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional , lo que procede es resolver el recurso contencioso administrativo en los términos en que fue planteado en la instancia. Y si no se estima porque apreciada la prescripción carece de toda virtualidad práctica analizar si concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

TERCERO.- Con el motivo primero, al amparo del art. 88.1.c) y de la Jurisprudencia, se denuncia la incongruencia omisiva en la que incurre la sentencia al no haber dado respuesta a su principales alegaciones impugnatorias, singularmente: a) la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos para apreciar la responsabilidad patrimonial reclamada; b) la distinta realidad socioeconómica existente entre 1978 (fecha de la solicitud) y 2009 (fecha del otorgamiento de la concesión); c) la actitud incorrecta del Ministerio de Fomento

que, tras su petición de 1978, crea un servicio a favor de terceras empresas (vía billete combinado en 1982, y, cuando se aprueba la LOTT, vía <<solape>>), utilizando ese argumento para crear la concesión (1997).

El motivo debe desestimarse.

No repara la recurrente en que la resolución administrativa impugnada en la instancia desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada en escrito presentado el 23 de diciembre de 2009 por haber prescrito el derecho a reclamar al entender, correcta o incorrectamente, que la reclamación se fundaba en la anulación judicial de resoluciones administrativas previas; en que, en consecuencia, lo primero que debe examinarse en la sentencia es si había prescrito el derecho, y en que habiendo llegado el Tribunal de instancia a la conclusión de que, en efecto, estaba prescrita, eximía del análisis de los restantes argumentos impugnatorios, en cuanto prescrito el derecho ya es irrelevante la concurrencia -o no- de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial.

CUARTO.- Con el motivo quinto, al amparo del art. 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, la recurrente sostiene que el derecho no ha prescrito porque, con arreglo al art. 142.5 de la Ley 30/92, el plazo de prescripción de un año se inicia desde que se manifiesta el efecto lesivo, que sitúa en enero de 2009 que es cuando empezó a prestar el servicio, ya que la causa de su reclamación -en contra de lo que entendió la sentencia recurrida- no son las revocaciones jurisdiccionales de las resoluciones denegatorias de su petición de concesión, sino la <<[...] torcida conducta del Ministerio de Fomento otorgando a unos lo que había denegado a otros y después alegando este mismo otorgamiento para persistir en su denegación>>. Insiste en que los perjuicios sólo pudieron ser cuantificados al comenzar a prestar el servicio en enero de 2009, pues ninguna de las sentencias previas -1986, 1987 y 2003- le otorgaron la concesión, sino que contenían meros mandatos de tramitar la solicitud, por lo que no podía deducir reclamación alguna en tanto no obtuviera la concesión.

Pues bien, siendo el título de imputación de la responsabilidad de la Administración lo que se califica de <<torcida conducta del Ministerio de Fomento>>, es claro que el *dies a quo* del cómputo de ese plazo de prescripción habrá que situarlo, en línea con el propio razonamiento de la recurrente, en la fecha en la que se le otorgó definitivamente la concesión, el 22 de diciembre de 2008 (BOE del día 30). Luego cuando presentó el escrito de reclamación

-23 de diciembre de 2009- no había prescrito el derecho.

Procede, en consecuencia, estimar el motivo y declarar haber lugar al recurso de casación, casando y anulando la sentencia de instancia.

Recordemos que esta Sala viene manteniendo que la acción de responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos (sentencia de 11 de julio de 2006 - recurso de casación 1941/2002 -, 21 de noviembre de 2012 -recurso de casación 3101/2010 - y 15 de octubre de 2015 -recurso de casación 295/1994 -, entre otras) para reiterar que hasta la fecha en que obtiene la concesión no lo conoce y no podía ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial. **QUINTO.-** Estimado el motivo quinto, con la consiguiente declaración de haber lugar al recurso de casación, conforme ya anunciamos con anterioridad, lo que procede, de conformidad con el artículo 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional, es que resolvamos el recurso contencioso administrativo en los términos en que ha quedado planteado el debate por las partes.

Al efecto, y dados los términos en que se ha formulado la reclamación, conviene tener en consideración los siguientes datos fácticos:

1) <<La Estellesa de Automóviles y Herjisa>> (que posteriormente constituyó -9 de mayo de 2008- la mercantil <<Autobuses Pamplona-Madrid, S.L.>>), como sucesora de <<Autobuses Logroño-Burgos, S.A.>>, titular de la concesión Pamplona-Logroño (E-11), solicitó -30 de noviembre de 1978- la autorización para la presentación de un proyecto de concesión de un servicio público regular de transporte de viajeros por carretera Pamplona- Madrid por Burgos y Logroño, con prolongación a Valcarlos y frontera francesa de Arnegui.

2) Frente a la desestimación presunta de la indicada solicitud se interpuso recurso de alzada y contra ambas desestimaciones se dedujo recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, que, en sentencia de su Sección Quinta de 10 de marzo de 1986 (confirmada en apelación por STS de 26 de septiembre de 1988), anuló las resoluciones presuntas impugnadas, ordenando que prosiguiera la tramitación del expediente conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Ordenación del Transporte de 9 de diciembre de 1949, y, ello por entender que, si bien esa denegación presunta de tramitación de la solicitud se asentaba en la Transitoria de la Orden de 29 de enero

de 1979 por la que se creaba la Comisión para el estudio y planificación de Servicios públicos regulares de transportes de viajeros, y en la que se disponía, por lo que aquí interesa, la suspensión de la tramitación de las solicitudes pendientes a su entrada en vigor, dicha Orden tenía una vigencia temporal de tres meses a partir de la constitución de la Comisión que se creaba, plazo en el que, conforme a su art. 4º, debía definir los nuevos servicios de transporte de viajeros. Vigencia temporal que, según dichas sentencias, había de interpretarse restrictivamente en cuanto implicaba una restricción al derecho general a solicitar concesiones (Ley de 27 de diciembre de 1947), sin que, además, dicha Orden pudiera tener efecto retroactivo respecto de una petición formulada antes de su entrada en vigor. Añadían las sentencias que la Orden de 26 de abril de 1971 (de carácter permanente), acordaba ya el cierre de la admisión de nuevas instancias y proyectos, facultando la admisión de aquéllas en las que concurrieran razones de excepcional interés público alegadas y justificadas por el peticionario, conclusión que en el caso que enjuiciaban apreciaron concurrían esas razones de excepcional interés público, entre otras, la inexistencia de servicio público de transporte de viajeros por carretera que enlazara directamente Madrid y Pamplona.

Por su incuestionable interés reproducimos lo que se decía en el fundamento de derecho tercero de la sentencia de la Audiencia Nacional de 1986. Decía así:

<<Del expediente administrativo ha quedado probado lo siguiente: A) Que no existe un servicio público directo regular de transporte de viajeros por carretera que enlace Pamplona con Madrid. B) Que hay concesiones pero no directas entre Pamplona- Logroño- Logroño-Soria y Soria-Madrid como consecuencia de todo ello se necesitan dos trasbordos, en contra de la doctrina jurisprudencial Ss. 13-2-1.976 (R .5790) 30-3-1.981 (5A03) 28-4-1.982 (2001) 16-9-1.983 (3769/84 . C) Que la comunicación directa mediante un servicio regular es de interés público y así lo afirman en el expediente administrativo los Ayuntamientos de Nájera (folio 5) la Cámara Oficial de Comercio e Industria de la Provincia de Logroño (folio 4), la Asociación Navarra de Empresarios de Transporte, (folio 6), la Federación de Asociaciones de Pequeña y Mediana Empresa de Navarra al afirmar "que el proyecto presentado tiene, a nuestro juicio, las siguientes ventajas: a) En los numerosos días en los que está cerrado el aeropuerto de Noain, resulta ser la comunicación más rápida con Madrid. b) Tiene una importante cualidad respecto a la comunicación aérea: la seguridad del servicio, cuando los empresarios nos trasladamos a Madrid para asistir a una cita determina, no podemos contar con la comunicación aérea, pues hasta el mismo momento en que ha despegado el avión no se tiene seguridad de la partida, c) El coste del viaje, se abarata en más de un 50% con respecto al ferrocarril, y tendría la ventaja de partir del centro de Pamplona para finalizar en el centro de Madrid. Por todo ello solicitamos de la Junta de Transportes que otorgue su más decidido apoyo al proyecto", la Dirección de Transportes Terrestres de la Provincia de Burgos (folio

9), la Junta Provincial de Coordinación de Transportes de Segovia (folio 10), la Diputación Foral de Navarra al decir "que visto, asimismo, un informe de Fapymen (Federación de Asociaciones de Pequeña y Mediana Empresa de Navarra) manifestando la importancia del servicio solicitado para el normal desarrollo de una provincia, al tener unas nutridas comunicaciones con la capital de España, y ofrece la ventaja de que la comunicación es rápida con Madrid, en los días en que se halla cerrado el Aeropuerto de Pamplona-Noain, y la seguridad del servicio, además del coste del viaje que se abarata en más de un 50% con respecto al ferrocarril, partiendo, además, del Centro de Pamplona al de Madrid, oídos el informe del Sr. Ingeniero Inspector Jefe y el parecer de los Vocales, la Junta, por mayoría, acordó informar que el servicio ofrece interés para Navarra, habiendo votado en contra el Sr. Vocal Representante de los Ferrocarriles Españoles", la Dirección de Transportes Terrestres de Burgos (3ª. Jefatura), al afirmar que existen causas de interés público para autorizar el correspondiente proyecto (folios 14 y 15), la Dirección de Transportes Terrestres de Bilbao (3ª. Jefatura Regional, folio 15); todos ellos informaron favorablemente y en contra solamente la 4ª. Jefatura Regional de Transportes de Logroño (folio 17) y la Primera Jefatura Regional de Madrid (folio 8), no abundando en razones que puedan justificar su posición negativa, pero si en los demás casos se justifican las causas por las cuales la tramitación del proyecto para la concesión del servicio Madrid-Pamplona redundaría en interés general de ambas ciudades. D) No se debate la prioridad entre dos peticiones de servicio, ni se opone un servicio discrecional con otra reglado. E) Que la doctrina jurisprudencial para unir dos puntos en régimen de continuidad, la fórmula adecuada es el servicio regular y no el discrecional SS. 28-12-71 (R. 5196) 17-Xi-1.980 (R. 1. 114), por todo lo cual procede estimar el recurso interpuesto>>.

3) El 19 de julio de 1992, la Dirección General de Transportes, autorizó, conforme al art. 74 del Reglamento de Transportes por Carretera de 1949, la petición de billete combinado en el itinerario Madrid-Soria- Pamplona, efectuada conjuntamente por RENFE (titular de la concesión de transporte de viajeros por carretera V-2059, entre Madrid y Soria) y CONDA, S.A. (titular de la E-264, entre Pamplona y Soria.

4) Previamente, en resolución de 25 de febrero de 1992, se otorgó a la <<Compañía Navarra de Autobuses, S.A.>> la conexión de servicio público de transporte por carretera Madrid-Soria-Logroño con hijuelas (VAC- 022), y por resolución de 1 de febrero de 1993, se le adjudicó la concesión (NA-19) Pamplona-Soria con Hijuelas. Y, en resolución de 1 de diciembre de 1998 , se autorizó, con ciertas condiciones, la utilización de un mismo vehículo para servir conjuntamente determinados tráficos de las expresadas concesiones VAC-022 y NA-19, mediante <<solape>>, frente a la que <<La Estellesa>> interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sección Octava de la Sala de Madrid que, en sentencia de 5 de diciembre de 2002 , se inadmitió por extemporáneo, siendo revocada esta decisión por sentencia de la Sección Cuarta de esta Sala Tercera T.S. de 26 de abril de 2005 , en la que se ordenaba, con retroacción de las actuaciones, continuar la tramitación del procedimiento, dictándose nueva sentencia el 23 de enero de 2006 , confirmatoria de aquella resolución de 1 de diciembre de 1998, frente a la que se interpuso recurso de casación, desestimado por sentencia de la citada Sección Tercera, de 25 de noviembre de 2008 .

5) Tramitada aquella solicitud de 30 de noviembre de 1978, la Dirección General de Ferrocarriles y Transportes por Carretera del Ministerio de Fomento, en resolución de 15 de julio de 1997 (confirmada en recurso ordinario por la de 12 de enero de 1999), denegó el establecimiento de esa nueva línea de transporte por carretera ya que, en la fecha de la solicitud (1978), el servicio demandado no era el más idóneo para cubrir el tráfico entre Madrid y Pamplona porque el itinerario propuesto (por Burgos y Logroño), al no ser el más directo, suponía un incremento del número de kms., con una duración mayor del viaje y un coste más elevado. Además, se decía que en aquella fecha el tráfico entre Madrid y Pamplona estaba cubierto por las concesiones Madrid- Soria (V-2059) y Soria-Pamplona (E- 264), mediante enlace entre ambas, y que el tráfico Madrid-Logroño estaba atendido por la combinación de los tráficos de la V-2059 (Madrid-Soria) y V-2.265 (Logroño-Soria), que fueron, posteriormente, unificadas en la concesión VAC-022 (Madrid-Soria-Logroño), cuyo titular era la Continental Auto. Concluía afirmando que existían informes contradictorios acerca de la existencia de utilidad pública, lo que, en uso de facultades discrecionales, le llevaba a considerar la innecesariedad del servicio por estar suficientemente atendida la demanda de los usuarios.

6) Interpuesto recurso contencioso-administrativo, fue estimado por sentencia de la Sección Novena de la Sala de Madrid de 11 de diciembre de 2003 , que anuló dicha resolución al entender que en la fecha de la solicitud (30 de noviembre de 1978), la mayoría de los informes eran favorables al establecimiento del servicio (ocho frente a dos negativos), sin que la mayor extensión (46 kms.) y duración del itinerario propuesto fuera especialmente relevante. Además, en cuanto a que el tráfico estaba cubierto por las concesiones Madrid-Soria y Soria- Pamplona, mediante enlace entre ambas, así como que el tráfico Madrid-Logroño estaba atendido por la combinación de tráficos de las concesiones V-2059 (Madrid-Soria) y V-2-265 (Logroño- Soria), dicha cobertura, decía la sentencia, implicaba la necesidad de trasbordos con las incomodidades que comportaba, sin que pudiera tenerse en cuenta la autorización de billete combinado concedida el 19 de julio de 1982, con posterioridad a la fecha de la solicitud. Con esta base argumental, además de anular la resolución, ordenaba a la Administración la redacción del Pliego de Bases para la convocatoria de concurso público <<[...] con declaración del derecho de tanteo que corresponda a la actora de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11 y 12 del Decreto de 9 de diciembre de 1949 >>.

7) La sentencia fue declarada firme por auto de la Sección Primera de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006 que inadmitió el recurso de casación preparado por la codemandada <<Compañía Navarra de Autobuses, S.A.>>.

8) El Pliego de condiciones del concurso se aprobó por resolución de 22 de junio de 2006 (BOE de 4 de agosto), celebrándose el concurso el 16 de octubre del mismo año, y, por Resolución de 22 de diciembre de 2008 (BOE de 30 de diciembre), de la Dirección General de Transportes por Carretera, se adjudicó definitivamente (por un período de 25 años) a la mercantil aquí recurrente el servicio público regular permanente y de uso general de transportes de viajeros por carretera entre Madrid y Pamplona por Burgos y Logroño, con prolongación a la frontera francesa de Arnegui.

9) En escrito presentado el 23 de diciembre de 2009, la aquí recurrente formuló reclamación de responsabilidad patrimonial por los importantes perjuicios (lucro cesante por importe de 45.618.238,10 €) irrogados por la adjudicación injustificadamente tardía de la concesión, imputables a la Administración que generó situaciones de desigualdad como fue la resolución de 1 de diciembre de 1998 que autorizó el tráfico Madrid- Pamplona mediante <<solape>> de las concesiones VAC-022 y NA-19.

10) Tramitado el expediente, con informe del Consejo de Estado favorable a la desestimación por prescripción del derecho y por falta de acreditación del daño al limitarse la recurrente a formular una simple

hipótesis de cuál hubiera sido el beneficio de la explotación de la línea en régimen de monopolio desde 1978, con base en meras expectativas no resarcibles.

11) En la resolución de 21 de diciembre de 2011, confirmada presuntamente en reposición, se desestima la reclamación en sintonía con los argumentos vertidos por el Consejo de Estado.

SEXTO.- En consideración a todo lo anteriormente expuesto, se está ya en condiciones de adelantar un pronunciamiento favorable al reconocimiento de responsabilidad patrimonial por parte de la Administración demandada.

Recordemos que la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere, conforme a lo establecido en el artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y una reiterada Jurisprudencia que lo interpreta: a) la efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizadamente en relación a una persona o grupo de personas; b) que el daño o lesión patrimonial sufrido por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa-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. Y adelantemos, por lo que continuación se dirá, que todos y cada uno de esos requisitos concurren en el supuesto de litis.

Respecto a la efectiva realidad del daño o perjuicio es de advertir que ni en la resolución ministerial de 21 de diciembre de 2011, ni en el informe del Consejo de Estado que la precede, se cuestiona la existencia del requisito de mención en términos adecuados al planteamiento de la litis. Decir, como se dice en dicho informe y resolución que <<[...] la reclamante no acredita un daño directo y efectivo, pues la organización definitiva de la mercantil para el tráfico de esa línea de transporte de viajeros se produce mediante la

constitución de la sociedad que ahora reclama con posterioridad a la adjudicación provisional de la línea, el 22 de febrero de 2008>> y que <<El reclamante se limita a formular una simple hipótesis de cual habría sido su beneficio de explotación de la línea en régimen práctico de monopolio del tráfico de viajeros (al 100% se dice en su escrito) desde 1978, y las meras expectativas no son resarcibles>>, no es dar una respuesta que corresponda con el planteamiento de la litis: a la demanda de responsabilidad por grave demora en la resolución que pone fin a la solicitud de concesión y por trato desigual

La circunstancia de que la mercantil recurrente no procediera a su constitución y organización definitiva para el tráfico de la línea de transporte solicitada hasta la adjudicación provisional de dicha línea en el año 2008, no supone la falta de acreditación del lucro cesante que es lo que en definitiva se reclama.

Podría tener sentido el primer inciso de la consideración del informe y de la resolución si el quantum de la reclamación indemnizatoria se circunscribiera al capital invertido para afrontar el servicio de tráfico y si la mercantil ahora recurrente no trajera causa de las empresas solicitantes <<La Estellesa de Automóviles y Herjisa>>, pero como la recurrente si trae causa de éstas y además centra su reclamación en el lucro cesante, esto es, en lo dejado de percibir con la explotación de la línea como consecuencia del retraso en su concesión, ciertamente carece de todo sentido el informe y la resolución en el extremo examinado.

Y no otra cosa podemos decir respecto al segundo inciso de la consideración del informe y de la resolución. La reclamación indemnizatoria por la demora en la tramitación de la solicitud no se basa en una mera expectativa no resarcible, en una simple hipótesis de cuál habría sido el beneficio de la recurrente por la explotación de la línea desde el año 1978, y sí en un perjuicio real y efectivo derivado de la imposibilidad de la explotación, en razón del retraso de la Administración en el reconocimiento de la concesión, solo imputable a la actitud por ella mantenida, reiteradamente desautorizada por sucesivas sentencias que ponen de manifiesto la procedencia de la tramitación del procedimiento con la primera solicitud y en concurrencia con las circunstancias que ya en dicho momento debieron propiciar el otorgamiento de la concesión, de manera que se justifica un perjuicio real y efectivo que, por tratarse de un lucro cesante, va acompañado para su evaluación de un estudio económico, cual es el realizado por el perito don Basilio .

Pero no solo el informe del Consejo de Estado y la resolución expresa denegatoria de la responsabilidad patrimonial no adecuan sus consideraciones relativas a la inexistencia del requisito de un daño real y efectivo al planteamiento de la recurrente, sino que esa falta de adecuación se observa también en el escrito de contestación a la demanda de la Administración, en el que además de reiterar lo expuesto en el informe y en la resolución recurrida, refiere, con evidente desenfoque de la litis planteada, que el pretendido daño no sería otro que la pérdida de una oportunidad, concretamente, la pérdida de la mera posibilidad de haber sido adjudicataria del servicio en fechas anteriores a aquélla en la que realmente lo fue, y que ello constituye una

simple hipótesis, cuya valoración sería, desde luego, enormemente inferior a la indemnización por la pérdida de una situación consolidada.

Quizá no sobre puntualizar, siguiendo la Jurisprudencia de esta Sala, referida esencialmente a supuestos de demanda de responsabilidad derivadas de una atención médica, que la pérdida de oportunidad requiere para su apreciación una incertidumbre en torno a las consecuencias de la actuación, inexistente en el caso enjuiciado salvo que se confunda esa incertidumbre con la cuantificación indemnizatoria.

Si bien el reconocimiento del lucro cesante requiere una prueba rigurosa de las ganancias dejadas de obtener, siendo de significar al respecto que reiterada Jurisprudencia de esta Sala advierte de la necesidad de que se aprecie de modo prudente y restrictivo, sin que pueda confundirse con una mera posibilidad de obtener beneficio o, lo que lo mismo, con meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas (sentencia de 22 de febrero de 2006 -recurso de casación 1761/2002 -), ninguna duda ofrece que en el caso de autos en que la reclamación indemnizatoria se fundamenta en un lucro cesante, cual es, digámoslo una vez más, las ganancias dejadas de obtener por el retraso en la explotación de la línea de viajeros concedida treinta años después de su solicitud de concesión.

El informe pericial aportado con el escrito de demanda y ratificado en autos, respecto al cual la defensa de la Administración no interesó diligencia alguna, razonada y razonablemente hace mención a un lucro cesante, sin que tampoco mereciera consideración alguna por la Abogacía del Estado en su escrito de contestación a la demanda, lo que igualmente sucede con el escrito de oposición al recurso de casación.

En sentencia de esta Sala de 25 de mayo de 2015, dictada en el recurso de casación 491/2013 , declaramos no haber lugar al recurso interpuesto por la Abogacía del Estado contra sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en la que se reconoció indemnización por lucro cesante consistente en el rendimiento o beneficio neto que el recurrente dejó de percibir por la explotación de una Administración de Loterías hasta que por resolución jurisprudencial se le reconoció la adjudicación de la Administración. Invocó el Abogado del Estado como único motivo que faltaba el requisito del daño efectivo, en cuanto a su juicio no se trataba de un daño real y sí de un daño supuesto, al que el recurrente llegaba a través de unos cálculos que calificaba de inaceptables.

Aunque en el supuesto enjuiciado en la sentencia de mención expresábamos, para la desestimación del motivo, que en su argumentación no se denunciaba la falta del requisito del daño efectivo y sí los cálculos empleados por la sentencia de instancia para cuantificar el daño, y aunque en el ahora enjuiciado sí hay una expresa referencia a la inexistencia del daño, es de advertir que en aquel supuesto, al igual que en el enjuiciado, la reclamación se basa en el retraso en el inicio de una explotación.

A modo de conclusión no es superfluo añadir que si se aceptara la tesis defendida por la Administración ninguna reclamación de responsabilidad patrimonial por el concepto de lucro cesante podría prosperar.

Respecto a la relación de causalidad es necesario advertir que su concurrencia no se cuestiona ni en la resolución recurrida ni en vía jurisdiccional y que su constatación resulta de las actuaciones administrativas. En ellas se revela la existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva entre la demora en resolver la solicitud de concesión y el lucro cesante producido, sin intervención de elemento extraño alguno que altere el nexo causal.

Descartado también, a la vista de lo actuado, la concurrencia de un supuesto de fuerza mayor, no invocado en momento alguno, nos queda por examinar el requisito de la antijuridicidad.

Reiterada Jurisprudencia de esta Sala insiste en que no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, exigiendo, para que tenga la consideración de auténtica lesión resarcible, 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 (sentencia de 20 de mayo de 2014 -recurso de casación 5998/2011 - y las en ella citadas).

También con relación a la concurrencia de este requisito debemos advertir que ni la resolución administrativa impugnada ni la Abogacía del Estado en la instancia y en casación nada expresan en orden a la no concurrencia en el supuesto de autos de dicho requisito.

El artículo 142.4 de la Ley 30/1992 establece que la anulación judicial de una decisión administrativa no comporta automáticamente una obligación de indemnizar a título de responsabilidad patrimonial y así lo viene declarando reiterada Jurisprudencia (sentencias, entre otras, de 16 de marzo de 2016 -recurso de casación 3033/2014 - y 26 de septiembre de 2014 - recurso de casación 2385/2005 -).

Es más, cuando se trata del ejercicio de potestades discrecionales puntualiza la Jurisprudencia que <<[...] bastaría en principio con un ejercicio razonable y razonado de la potestad, dentro del campo de posibilidades abierto a la libre apreciación de la Administración, para no estimar concurrente el requisito de la antijuridicidad del daño>> (sentencias de 26 de septiembre de 2014 -recurso de casación 5859/2011 -, 14 de octubre de 2010 - recurso de casación 405/2011 - y 20 de febrero de 2012 -recurso de casación 462/2011 -).

Pero es de advertir que ese ejercicio razonable y razonado de la potestad administrativa no se infiere de las actuaciones. Lo que realmente resulta es un actuar injustificable e infundado que solo aparentemente se encuentra amparado en el ejercicio de unas facultades expresamente reconocidas para la planificación de un sector como el del transporte, en el que, como no podía ser de otra forma, rige el principio de interés general.

Así lo viene a reconocer, conforme ya vimos, la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de marzo de 1986 , confirmada por la del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1988 , ambas ya referenciadas, que, con estimación del recurso contencioso administrativo deducido por la mercantil <<La Estellesa de Automóviles, S.A.>>, contra la denegación presunta de la solicitud de autorización para presentar el proyecto de servicio público regular de transportes de viajeros por carretera, entre Pamplona y Madrid, por Burgos y Logroño, se fundamenta en la aplicación de una Orden con efectos retroactivos, con vigencia temporal agotada y sin apreciar el interés público que demanda la autorización de la licencia.

En efecto en esa sentencia de 10 de marzo de 1986 se viene a reconocer, aunque no se diga expresamente, un proceder infundado e injustificable por la Administración, pues no otra conclusión puede alcanzarse a la vista de las graves irregularidades que la sentencia de mención observa.

Si alguna duda pudiera plantearse al respecto, la sentencia de este Tribunal que en apelación confirma la de la Audiencia Nacional disipa la mínima vacilación, cuando nos dice en sus fundamentos de derecho cuarto y quinto lo siguiente:

<<CUARTO. Es un criterio general que informa toda la normativa administrativa y contencioso-administrativa, el procurar evitar situaciones procedimentales de carácter provisional y, en el supuesto que circunstancias coyunturales así lo exigieran, se cuida de establecer límites temporales a dicha provisionalidad a fin de que no se convierta en una situación jurídica permanente o definitiva -véase la normativa contenida en los artículos 72-2 y 113 de la Ley de Procedimiento Administrativo , y, en el artículo 37 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción -; pues bien, teniendo en cuenta ese criterio, a efectos de la interpretación del alcance temporal y del contenido de la citada Orden Ministerial, se colige que en el espíritu de la misma subyace un tiempo limitado de vigencia de la medida de "cerrar" con carácter provisional la admisión de instancias de autorización previa a la presentación de proyectos de servicios regulares ... -párrafo último de la Disposición Transitoria, de la Norma aludida-, para con ello, dar tiempo a que la "Comisión para el Estudio y Planificación de Servicios Públicos-Regulares de Transporte de Viajeros", creada en la Dirección 11 de marzo de 2016 3 General de Transportes Terrestres por la citada Orden Ministerial, pudiera constituirse y reunirse a los fines expresamente dispuestos en la misma; por otra parte no debe olvidarse que, dicha normativa tenía una finalidad específica y no genérica ya que, como se infiere de su preámbulo y articulado, trata únicamente de la oportunidad procedimental de establecer unos criterios a fin de que la Administración, en el supuesto de ejercicio de facultades de iniciativa oficial de concesión de servicio regular, de transporte de viajeros, de los artículos 23 y siguientes del Reglamento de Ordenación del Transporte , lo hiciera con arreglo a un plan preestablecido, a la vez que, las iniciativas particulares habrían de ser estudiadas por si se estimaba la conveniencia de que, alguna de ellas, se "articulara" en los itinerarios proyectados para el plan de las oficiales, de forma que, no efectuada esta "articulación", las iniciativas privadas debían seguir su trámite, aplicándose la normativa general; por ello, la expresada Orden Ministerial de 29 de enero de 1979, fue dictada por un plazo provisional como se infiere de su artículo 4º, en el que se encarga a la Comisión, que mediante ella se crea que "en el plazo de tres meses, a partir de su constitución ", defina los nuevos servicios de transporte de viajeros de largo recorrido, de carácter interregional, a establecer por iniciativa del Estado... "cuya provisionalidad también se deduce del apartado último de la Disposición Transitoria de la mentada Orden Ministerial analizada; de aquí que, sea de todo punto correcto el criterio recogido, al respecto, por la sentencia al presente apelada; máxime que, suponiendo dicha Orden Ministerial, de vigencia temporal limitada, impeditiva, dentro de referida temporalidad, del ejercicio de una situación jurídica reconocida por la Ley de Ordenación de los Transportes por Carretera y su Reglamento, aquélla ha de ser interpretada -al igual que la que después analizaremos de 26 de abril de 1971-, con alcance restrictivo en cuanto suponen -repetimos-, a su vez, restricciones del derecho general a solicitar concesiones contenidas en la citada Ley de 27 de diciembre de

1947; amén de que en caso alguno, la repetida Orden Ministerial, de 29 de enero de 1979, pueda tener carácter retroactivo, respecto de la petición de actual referencia, muy anterior a la vigencia de la misma -30

de noviembre de 1978-, como resulta de la aplicación del artículo 2-3 del Código Civil , en relación con el artículo 9-3 de la Constitución .

QUINTO. Por otra parte aplicando la Orden Ministerial de 26 de abril de 1971 (que tiene carácter permanente), que prevé la autorización de la admisión de instancias y proyectos cuando concurren "razones de excepcional interés público, alegadas y justificadas"; de las actuaciones se deduce, no sólo a través de prueba de presunciones, permitida por el artículo 1253 del Código Civil , sino de una manera concreta y directa a través de los informes obrantes en aquélla, que, de forma jurídica correcta analiza y concluye el fundamento de derecho de la sentencia apelada, lo cual es aceptado íntegramente en la presente, que en el caso que nos ocupa, concurren las razones de excepcional interés público que la citada Orden Ministerial de 26 de abril de 1971 en su normativa prevé, para que sea autorizada la presentación del Proyecto de actual referencia, y conforme se pide en la demanda seguir tramitando el expediente, por la Administración, con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento de Ordenación de los Transportes por Carretera vigente>>.

Esas constatadas y graves infracciones cometidas quizá expliquen la razón por la que la Administración, primero en su resolución denegatoria de la solicitud de responsabilidad patrimonial y más tarde en vía jurisdiccional, no hubiera cuestionado en ningún momento la concurrencia del requisito de la antijuridicidad del daño.

Pero no solo el más que incontestable proceder incorrecto de la Administración observada en las sentencias de mención nos evidencia una actuación absolutamente alejada de la razonabilidad, sino que además ello igualmente salta a la vista con la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 11 de diciembre de 2003 , estimatoria del recurso contencioso administrativo deducido por <<La Estrella de Automóviles, S.A.>> contra resolución de la Dirección General de Ferrocarriles y Transportes por Carretera del Ministerio de Fomento, de 15 de julio de 1997, confirmada en recurso ordinario por la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Transportes, en la que se declara la innecesidad del servicio de transporte público regular de viajeros por carretera entre Madrid y Pamplona por Burgos y Logroño, solicitado por <<La Estrella de Automóviles, S.A.>> y <<Autobuses Horjisa, S.A.>>.

Después de expresar el Tribunal en el fundamento de derecho octavo de esa sentencia de 11 de diciembre de 2003 que <<[...] la discrecionalidad permitida a la Administración por el ordenamiento jurídico a la hora de apreciar la necesidad o no de los servicios públicos regulares de transporte de viajeros por carretera a que hace referencia la resolución impugnada como en cualquier otro caso en que normativamente se atribuya tal potestad a la Administración, determina que la revisión judicial de la misma se efectúe entre otras vías por la técnica de control que opera sobre los hechos determinantes de la misma de tal forma que la Administración viene obligada a una valoración correcta y racional de los hechos determinantes que condicionan su actuación>> y de apreciar en el noveno que <<Las resoluciones impugnadas se fundamentan en las causas siguientes, teniendo en cuenta la situación existente a la fecha de formular la solicitud.

El itinerario Madrid-Pamplona, no es el más idóneo por cuanto el itinerario propuesto por Burgos y Logroño no es el más directo, supone un mayor número de kilómetros y por ello de duración del viaje y aumento del precio a pagar por el usuario. A tal respecto ha de tenerse en cuenta que la diferencia de kilómetros que consta en el expediente entre el itinerario propuesto por la actora y el que existía en la fecha de la solicitud es de unos 46 Kilómetros (395 km, frente a 441 km), escasamente significativo en cuanto a duración del viaje y aumento de precio para el usuario especialmente cuando tales consideraciones no se acompañan de las pruebas técnicas pertinentes al respecto.

El tráfico estaba cubierto por las concesiones Madrid-Soria y Soria-Pamplona, mediante el enlace de ambas y en cuanto al tráfico Madrid-Logroño estaba tendido por la combinación de los tráficos de la V-2059 (Madrid-Soria) y V-2-265 (Logroño-Soria), pero tal cobertura del tráfico implicaba la necesidad para el usuario de dos transbordos con las incomodidades a ello inherentes, sin que pueda tenerse en cuenta la autorización de billete combinado en el itinerario Madrid-Soria-Pamplona, concedida en fecha 19 de julio de 1982, como se acredita en fase probatoria, al ser de fecha posterior a la solicitud de la actora, ni la autorización para utilización de un mismo vehículo para servir tráficos de las concesiones VAC-022 (Madrid-Soria-Logroño con Hijuelas) y NA- 19 (Pamplona-Soria con Hijuelas) por idéntica razón>> y que <<Con fecha 2 de marzo de 1978, pocos meses antes de la solicitud de la actora se denegó otra solicitud similar formulada por la entidad CONDA, S.A (ahora Coadyuvante), pero es lo cierto que dicha entidad no formuló impugnación jurisdiccional de tal resolución, por lo que el precedente administrativo no vincula a esta jurisdicción como es reiterada doctrina jurisprudencial>>, en el fundamento de derecho décimo dice lo siguiente: <<Ciertamente el documento "Red de Servicios regulares de transporte Público de viajeros por carretera. Análisis y Propuestas" de fecha del mes de septiembre de 1996, contempla la creación de un nuevo servicio Pamplona-Madrid, directo, si bien

no considerara el itinerario por el que debería discurrir y dejaba abierta la vía para "evaluar y adoptar otras soluciones", por lo que no resulta determinante en el examen del caso propuesto.

Por otra parte es lo cierto que como se pone de relieve en la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 10 de marzo de 1986 y se asume por la Sentencia TS de 26 de septiembre de 1988 (Fundamento de Derecho Tercero de aquella y Quinto de esta) la gran mayoría de los informes emitidos en fase de información pública y emisión de informes se muestran favorables al establecimiento del servicio y únicamente dos de ellos (frente a ocho de los citados), informan en contra "no abundando en razones que puedan justificar su posición negativa" y que el informe actual del Consejo Nacional de Transportes Terrestres de 12 de mayo de 1997, informa como número necesario el establecimiento del servicio, pero referido al momento de su emisión y no a la fecha de la solicitud de la actora, y por otra parte la ponderación de los informes citados en primer lugar conllevó la declaración por las resoluciones judiciales citadas de que en la solicitud de la actora concurrían razones de excepcional interés público para su admisión a trámite>>, concluye que <<[...] en base a todas las consideraciones antes citadas y en ausencia de otros elementos probatorios especialmente de carácter técnico que corroboren las afirmaciones de la Administración demandada, analizadas en el Fundamento de Derecho anterior, la Sala ha de concluir en que la conclusión obtenida en los actos administrativos impugnados no aparecen como ajustados a la realidad de los hechos y no se encuentran avalados con la mayoría de los juicios técnicos o profesionales emitidos en el expediente, lo que debe determinar la anulación de los mismos>>.

Calificar, como se califica en la sentencia, firme en derecho, que los actos administrativos impugnados no aparecen como ajustados a la realidad de los hechos y no se encuentran avalados con la mayoría de los juicios técnicos o profesionales emitidos en el expediente, supone, sin duda alguna, una más que clara advertencia de que la resolución impugnada carecía de la razonabilidad necesaria que le diera cobertura.

Por todo lo expuesto, reiterando la consideración ya expuesta de que el proceder de la Administración no es razonada ni razonable y que por ello no se puede amparar la denegación de la solicitud de responsabilidad en la potestad discrecional de la Administración, el recurso debe estimarse.

SÉPTIMO.- A los efectos de la cuantificación del lucro cesante contamos exclusivamente con el informe del Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales don Basilio , aportado por la recurrente en vía administrativa y con su escrito de demanda, debidamente ratificado en autos, sin que fuera objeto de consideración alguna por la Abogacía del Estado.

En el informe del perito refiere dos etapas para cuantificar los perjuicios económicos: Una, entre los años 1978 (año de la solicitud) y 2008 (año de la concesión), en la que atiende a la pérdida de rentabilidad producida como consecuencia de haberse privado a la recurrente de la explotación de la concesión Pamplona - Logroño - Madrid en las condiciones de mercado que refiere y califica de favorables (precio de combustibles, seguros, menor parque automovilístico privado, inexistencia de trenes de alta velocidad y de tráfico aéreo). Otra, posterior a la concesión y hasta la finalización del plazo concesional de 25 años, por la modificación de las concesiones de otras empresas que supuso tramos coincidentes con la consiguiente obtención de menores ingresos.

Para el acogimiento de la indemnización por los perjuicios originados, en lo que se denomina segunda etapa, sería necesario que las modificaciones de las concesiones que supusieron tráficos coincidentes fueran disconformes a derecho no resulta así de las actuaciones. Es más, la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008 declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por <<La Estellesa de Automóviles, S.A.>> contra sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso contencioso administrativo contra la concesión a la <<Compañía Navarra de Autobuses, S.A.>> de un servicio público de transportes de viajeros por carretera Madrid - Soria -Logroño con Hijuelas y Pamplona - Soria con Hijuelas, y la sentencia de igual Sala del Tribunal Superior de Madrid de 23 de enero de 2006 , firme en derecho, desestima también el recurso contencioso administrativo deducido por <<La Estellesa de Automóviles, S.A.>> contra resolución de la Dirección General de Ferrocarriles y Transportes por Carretera, de 1 de diciembre de 1998, que autorizó a <<Continental Auto, S.A.>> y a la <<Compañía Navarra de Autobuses, S.A.- Cenda>> el uso indistinto de vehículos a las concesiones de servicio público regular de transporte de viajeros por carretera Madrid - Soria Logroño con Hijuelas y Pamplona - Soria con Hijuelas.

En consecuencia la explotación de la concesión obtenida debe concurrir legalmente con las demás existentes, por lo que no puede reconocerse la indemnización que la parte atribuye a esa concurrencia en la explotación.

En cuanto a los perjuicios dictaminados con referencia a lo que se denomina primera fase fija el perito su importe, antes de impuestos, en la cantidad de 15.682.622,97 euros.

Los datos económicos considerados en el informe aparecen razonados y razonables. Nada cabe objetar, salvo lo que después se dirá, a las fuentes que cita, a los parámetros que utiliza y a las operaciones que realiza, máxime cuando en ningún momento han sido objeto de cuestionamiento por la Administración.

Ahora bien, dado que para alcanzar la cifra de 15.682.022,97 euros no se tiene en cuenta por el perito los tráficos coincidentes de otras dos empresas (<<Continental Auto, S.A.>> y <<Compañía Navarra de Autobuses, S.A.-Cenda>>), cuya concurrencia viene avalada por resoluciones judiciales firmes, necesariamente ha de descontarse la reducción del tráfico que se distribuiría entre las mismas, y a falta de otros datos y no habiéndose cuestionado los tomados en consideración a la pericial aportada e invocada por la parte, que expresamente reconoce que la explotación quedaría reducida al 52%, esta sería la cantidad a fijar como indemnización, es decir, el 52% de la cantidad establecida por el propio perito de 15.682.022,97 euros, antes de impuestos, o lo que es lo mismo 8.154.963,94, antes de impuestos.

OCTAVO.- 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.

FALLAMOS

PRIMERO.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la procuradora doña Isabel Julia Corujo, en nombre y representación de <<Autobuses Pamplona-Madrid, S.L.>>, contra sentencia de fecha 6 de mayo de 2014, dictada en el recurso contencioso administrativo número 473/12, por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Octava .

SEGUNDO.- Casamos y dejamos sin efecto dicha sentencia y, con estimación parcial del recurso contencioso administrativo, anulamos las resoluciones recurridas por disconformes a derecho, declaramos la responsabilidad patrimonial de la Administración y reconocemos el derecho de la recurrente a ser indemnizada en el importe de 8.154.963,94 euros, antes de impuestos.

TERCERO.- Sin costas.

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

Octavio Juan Herrero Pina Margarita Robles Fernández

Juan Carlos Trillo Alonso Wenceslao Francisco Olea Godoy

Inés Huerta Garicano

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

FECHA:06/04/2016

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA EXCMA. SRA. MAGISTRADA Dña. Inés Huerta Garicano A LA SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 2016

Discrepo, respetuosamente, del parecer unánime del resto de los Magistrados integrantes de la Sección en orden a la pretensión de indemnización del **lucro cesante** -articulada como reclamación de responsabilidad patrimonial en escrito presentado el 23 de diciembre de 2009- sufrido como consecuencia de las dilaciones en el otorgamiento (resolución de 22 de diciembre de 2008, BOE del día 30) de la concesión del servicio regular de transporte de carretera, de carácter permanente y uso general, Madrid-Pamplona, por Burgos y Logroño, con prolongación a la frontera francesa de Arnegui, tráfico que fue solicitado el 30 de noviembre de 1978.

Doy por reproducido todo cuanto se contiene en los Antecedentes de Hecho y los Fundamentos de Derecho Primero a Quinto, ambos inclusive, que suscribo en su integridad.

Mi discrepancia estriba en el enfoque de la respuesta a la reclamación de responsabilidad patrimonial, tal como fue articulada por la actora, al limitarse la sentencia a analizar la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos para la prosperabilidad de este tipo de reclamaciones, prescindiendo, en mi opinión, **o, al menos, sin destacar aspectos, a mi juicio, muy relevantes.**

La actora, en su demanda, fundamentaba la reclamación <<. **no sólo en un craso error del Ministerio al calificar de innecesaria una concesión de autobuses que después los Tribunales calificaron de todo lo contrario**, con grave perjuicio a mi poderdante, ya que las condiciones del concurso -muy ajustadas en términos económicos igual que las circunstancias de su prestación efectiva, en 2009- nada tenían que ver con las -mucho más favorables- existentes en 1978 cuando se solicitó este servicio, **sino además en que, mientras a mi mandante el Ministerio le decía, una y otra vez, que el servicio concesional Madrid-Pamplona no era necesario, al mismo tiempo lo estaba autorizando a terceros, en concreto a las empresas CONTINENTAL y CONDA, mediante fórmulas de combinación entre sus respectivas concesiones Madrid-Soria (VAC-022) y Soria-Pamplona (NA-19)**>>, y la indemnización que reclamaba era, fundamentalmente, por los perjuicios que se le han irrogado con la desigualdad de trato que se le ha infringido << y la actuación oscurantista, siendo el servicio regular necesario -en declaración de los Tribunales- cuando antes a nosotros nos había dicho que no lo era; aunque desde luego también por habernos privado del acceso a la titularidad de la solicitada concesión>> .

En definitiva, la causa del daño la identifica en las <<.....constantes denegaciones, obstáculos y trabas a nuestra solicitud por escrito de 23 de Noviembre de 1978, presentado el día 30, que el Tribunal de Madrid por esa Sentencia firme de 2003 ha declarado incorrectas, han impedido...acceder a la titularidad de la concesión poco después de que la pidió en 1978>>. Y los perjuicios causados, dice, **son las ganancias dejadas de obtener** (lucro cesante), poniendo el acento en que en la fecha de la solicitud no existía ningún medio de transporte que compitiera con la concesión cuyo establecimiento solicitaba, ni tampoco existía la concesión Madrid-Soria-Logroño (VAC-022), producto de la unificación -resolución de 16 de enero de 1992- de las concesiones Logroño-Soria y Soria-Madrid.

Lo que está reclamando es el beneficio **antes de impuestos** que hubiera obtenido la actora de haberse establecido el servicio público regular de transporte de viajeros por carretera Pamplona-Madrid por Burgos y Logroño, con prolongación a Valcarlos y frontera francesa de Arnegui, cuando fue solicitado (escrito presentado el 30 de noviembre de 1978), y, de haber resultado adjudicataria de la oportuna concesión.

Y, para enjuiciar esta concreta pretensión, ha de tenerse en cuenta que corresponde al Estado - art. 5º de la Ley de Ordenación del Transporte por Carretera, de 27 de diciembre de 1947, aquí aplicable-, <<cuando el interés público lo aconseje...crear nuevos servicios de transporte y modificar las concesiones de los existentes para unificarlos, ampliarlos o suprimirlos total o parcialmente.....>>, la decisión de la creación de un nuevo tráfico por carretera. Además, al ser un servicio de titularidad pública, correspondía y corresponde a la Administración (en la Ley de 1947 y en la vigente LOTT de 1987) la elección de la modalidad de prestación.

Decisiones discrecionales ambas (determinación de la necesidad o conveniencia para el interés público del establecimiento de una nueva línea de transporte, así como la forma más adecuada para prestar ese nuevo servicio) -tanto en la Ley de 1947, como en la de 1987- de la Administración, a quien competía adoptarlas.

Y, una vez informada positivamente la creación del nuevo tráfico, la explotación del servicio -si su titular (la Administración) no acometía su gestión directa- se realizará en régimen concesional, previa convocatoria del oportuno concurso público.

No existe, pues, derecho alguno al establecimiento de una línea de transporte de viajeros por carretera, ni a resultar adjudicatario de una eventual concesión por el mero hecho de solicitar el establecimiento de un nuevo tráfico (que es lo que solicitó la recurrente -no podía pretender más- en su escrito de noviembre de 1978), quedando supeditado al cumplimiento de los requisitos del Pliego de bases del concurso y al resultado del mismo, con arreglo al orden de prioridades establecido en el art. 12 del Reglamento de Transportes de 1949.

Y esa petición quedaba sometida al ejercicio de una facultad discrecional de la Administración expresamente reconocida por la sentencia de la Sección Novena de Madrid de 11 de diciembre de 2003 (apartado 6) del Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia), que, sin embargo, en su control de los hechos determinantes de la decisión allí recurrida, consideró que, en la fecha en la que se solicitaba el establecimiento de ese servicio (noviembre de 1978) -anterior a la autorización de billete combinado en el itinerario Madrid-Soria-Pamplona (concedida el 19 de julio de 1982), y, a la utilización de un mismo vehículo para servir tráficos de las concesiones VAC-022 (Madrid-Soria-Logroño con hijuelas) y NA-19 (Pamplona-Soria con hijuelas), autorizado por resolución de 1 de diciembre de 1988-, cabía apreciar la conveniencia del establecimiento de esa nueva línea de transporte, en razón de <<que la diferencia de kilómetros que consta en el expediente entre el itinerario propuesto por la actora y el que existía en la fecha de la solicitud es de unos 48 Kilómetros (395 km, frente a 441 km), escasamente significativo en cuanto aduración del viaje y aumento de

precio para el usuario especialmente cuando tales consideraciones no se acompañan de las pruebas técnicas pertinentes al respecto>> , y respecto de la segunda razón alegada por la Administración para rechazar la conveniencia de su establecimiento, la sentencia ponía de manifiesto que la cobertura del tráfico <<implicaba la necesidad para el usuario de dos trasbordos con las incomodidades a ello inherentes,.....Por otra parte [añadía la sentencia] es lo cierto que como se pone de relieve en la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 10 de marzo de 1986 y se asume por la Sentencia del TS de 26 de septiembre de 1988la gran mayoría de los informes emitidos en fase de información pública y emisión de informes se muestran favorables al establecimiento del servicio y únicamente dos de ellos (frente a ocho de los citados), informan en contra "no abundando en razones que puedan justificar su posición negativa".....Pues bien, en base a todas las consideraciones antes citadas y en ausencia de otros elementos probatorios especialmente de carácter técnico que corroboren las afirmaciones de la Administración....., la Sala ha de concluir en que la conclusión obtenida en los actos administrativos impugnados no aparecen como ajustados a la realidad de los hechos y **no se encuentran avalados con la mayoría de los juicios técnicos o profesionales emitidos en el expediente, lo que debe determinar la anulación de los mismos**>> .

No podemos olvidar que la anulación judicial de una decisión administrativa no comporta automáticamente una obligación de indemnizar a título de responsabilidad patrimonial, tal como expresamente establece el art. 142.4 de la Ley 30/92 , y reiteradamente viene declarando nuestra jurisprudencia, reflejada en nuestra Sentencia de 26 de septiembre de 2014 (casación 5859/11), que, en orden a una eventual responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación (en sede administrativa o jurisdiccional) de un acto, puede condensarse en los siguientes parámetros: << **I) La anulación no presupone el derecho a indemnización, lo que implica tanto como decir que habrá lugar a ella sólo cuando concurren los requisitos exigidos con carácter general; II) El requisito esencial y determinante para que pueda apreciarse la responsabilidad patrimonial en estos casos es la antijuridicidad del perjuicio : III) Para determinar si un sujeto de derecho está obligado jurídicamente a soportar el daño que le ha infligido el funcionamiento de un servicio público, uno de los elementos a tomar en consideración es la naturaleza misma de la actividad administrativa: "no es igual si se trata del ejercicio de potestades discrecionales, en las que la**

Administración puede optar entre diversas alternativas, indiferentes jurídicamente, sin más límite que la arbitrariedad que proscribe el artículo 9, apartado 3, de la Constitución , que si actúa poderes reglados , en los que no dispone de margen de apreciación, limitándose a ejecutar los dictados del legislador. Y ya en este segundo grupo, habrá que discernir entre aquellas actuaciones en las que la predefinición agotadora alcanza todos los elementos de la proposición normativa y las que, acudiendo a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, impelen a la Administración a alcanzar en el caso concreto la única solución justa posible mediante la valoración de las circunstancias concurrentes, para comprobar si a la realidad sobre la que actúa le conviene la proposición normativa delimitada de forma imprecisa. **Si la solución adoptada se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada, el administrado queda compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión** [véase nuestra sentencia de 5 de febrero de 1996 , ya citada, FJ 3º, recordada en la de 24 de enero de 2006 (casación 536/02, FJ 3º); en igual sentido se manifestaron las sentencias de 13 de enero de 2000 (casación 7837/95, FJ 2º), 12 de septiembre de 2006 (casación 2053/02, FJ 5º), 5 de junio de 2007 (casación 9139/03, FJ 2º), 31 de enero de 2008 (casación 4065/03, FJ 3º y 5 de febrero de 2008 (recurso directo 315/06, FJ 3º)]" (STS de 16 de febrero de 2009, casación 1887/07), o, como se dice en nuestra Sentencia (Sección Cuarta) de 2 de febrero de 2012 (casación 462/11): "**cuando se trate del ejercicio de potestades discrecionales, cual es el caso, bastará en principio con un ejercicio razonable y razonado de la potestad, dentro del campo de posibilidades abierto a la libre apreciación de la Administración, para no estimar concurrente el requisito de la antijuridicidad del daño**Incluso cuando se trate del ejercicio de potestades absolutamente regladas, procederá el sacrificio individual, no obstante la anulación posterior de las decisiones administrativas, cuando éstas se ejerciten dentro de los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales y que, por ende, no puede quedar paralizada ante el temor de que, revisadas y anuladas, en su caso, sus decisiones, tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes....>>.

Y, más recientemente (Sentencia de 16 de los corrientes, casación 3033/14), hemos vuelto a reiterar que, según constante jurisprudencia de esta Sala, <<la anulación no comporta esa concurrencia de la indemnización cuando la decisión administrativa.....ha sido razonable y razonada, máxime cuando se trata,....., de ejercitar potestades discrecionales o con fundamento en conceptos jurídicos indeterminados.....>>

. Por ello será imprescindible **examinar singular y pormenorizadamente cada caso y sus concretas circunstancias** para determinar si existe daño imputable a la Administración autora del/los acto/s anulados y si el daño es antijurídico, **sin que quepan afirmaciones apriorísticas o generales** .

En este caso, la Sentencia -de la que discrepo-, en referencia a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de marzo de 1986 (que se limitó, no puede olvidarse, a ordenar **que se prosiguiera la tramitación del expediente conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Ordenación del Transporte de 9 de diciembre de 1949**), declara que venía a reconocer

<<aunque no se diga expresamente, un proceder infundado y arbitrario por la Administración, pues no otra conclusión puede alcanzarse a la vista de las graves irregularidades que la sentencia de mención observa" , arbitrariedad que, con todo respeto, no cabe inferir de los Fundamentos que transcribe y en los que se fundamenta la decisión estimatoria del recurso en que la suspensión de la tramitación de las solicitudes pendientes, ordenada por la Transitoria de la Orden de 29 de enero de 1979, tenía un alcance temporal (tres meses desde la creación la Comisión para el estudio y planificación de Servicios públicos regulares de transportes de viajeros, para estudiar y planificar las corrientes reales y potenciales del tráfico de viajeros por carretera). Vigencia temporal que, según dichas sentencias, había de interpretarse restrictivamente en cuanto implicaba una restricción al derecho general a solicitar concesiones (Ley de 27 de diciembre de 1947), sin que, además, dicha Orden pudiera tener efecto retroactivo respecto de una petición formulada antes de su entrada en vigor. Añadía también que la Orden de 26 de abril de 1971 (de carácter permanente), acordaba ya el cierre de la admisión de nuevas instancias y proyectos, facultando la admisión de aquéllas en las que concurrieran razones de excepcional interés público alegadas y justificadas por el peticionario (ha de precisarse que dicha Orden se refería únicamente a los servicios públicos de transporte discrecionales y no a los regulares), y, en el caso que enjuiciaban ambas sentencias (la de la Audiencia Nacional, confirmada en apelación por la del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1988) apreciaron que concurrían esas razones de excepcional interés público, entre otras, la inexistencia de servicio público de transporte de viajeros por carretera que enlazara directamente Madrid y Pamplona.

Ahora bien, no repara la sentencia que, en relación a la concurrencia de esas razones de excepcional interés público que apreciaron dichas sentencias, no tenía otro alcance que el de justificar la tramitación de la solicitud, sin que comportara esa determinación positiva de la concurrencia de interés público para el establecimiento del nuevo tráfico, como sostenía la recurrente al impugnar la resolución de 15 de julio de 1997, denegatoria del establecimiento de la nueva línea, afirmación que fue rechazada por la sentencia firme de la Sección Novena de la Sala de Madrid de 11 de diciembre de 2003 , en la que se decía, al efecto, que la recurrente incurría en el error de *<<confundir la concurrencia en la solicitud de la actora de "razones de excepcional interés público", previstas en la Orden Ministerial de 26 de abril de 1971, declarada por las mencionadas resoluciones judiciales, con la "resolución sobre la necesidad del servicio", que exige el Decreto de 9 de diciembre de 1949.*

La Orden de 26 de abril de 1971, como excepción al cierre de admisión de instancias y Proyectos permite "autorizar la citada admisión si concurriesen razones de excepcional interés público» y en tal caso, acreditadas estas, ha de resolverse sobre si se autoriza la admisión de la instancia y Proyecto para su tramitación y en caso afirmativo se«autorizará la tramitación del expediente de acuerdo con las normas vigentes en la materia", precisando que "esta autorización no prejuzgará el resultado de ninguno de los trámites y resoluciones sucesivos".

Así pues, la declaración de excepcional interés público, no equivale como entiende la recurrente a una declaración positiva de necesidad del servicio>>.

La arbitrariedad, como ha dicho algún autor, *<<es aquello que no es resultado de un proceso de aplicación de las reglas del ordenamiento, sino fruto de una manifestación de voluntad particular del órgano que adopta la decisión>> .*

Nada de esto, en mi opinión, acontece. Ninguna de las sentencias que se han dictado en relación con la petición de la mercantil recurrente han tildado de arbitrarias las decisiones administrativas enjuiciadas, aunque las hayan anulado. La Administración en su resolución de 1997 expuso las razones por las que no consideraba necesario el establecimiento del nuevo tráfico, y no cabe calificar de irrazonables, y, menos de arbitrarias, aunque no fueran acogidas por la Sentencia que anuló tal decisión y en la que tampoco se reconocía el derecho de la actora a la concesión, sino que se limitaba a ordenar a la Administración la confección del oportuno Pliego de Condiciones y la convocatoria del oportuno concurso, para cuya resolución debería respetarse los criterios de adjudicación establecidos en el art. 12 del Reglamento de Transportes de 1947 (derechos de tanteo).

No aprecio esas constantes trabas y denegaciones de la Administración en orden al otorgamiento de la concesión. Era preciso, previamente, el establecimiento del servicio, decisión discrecional con apreciaciones distintas de la Administración (razonadas y razonables, aunque hayan sido consideradas incorrectas) y de la Sala de Madrid y esa distinta apreciación de las circunstancias fácticas determinantes de la necesidad de su establecimiento (obviamente siempre ha de prevalecer la decisión jurisdiccional), en el entendimiento de que la demanda de los potenciales usuarios estaba atendida suficientemente con el servicio prestado por otras concesiones preexistentes, acudiendo a fórmulas previstas en la normativa de aplicación (billetes de uso combinado, solapes e, incluso, unificación de algunas de esas concesiones) no es título bastante para fundar una reclamación de responsabilidad patrimonial. Solo si la decisión fuera arbitraria, sin motivación, o ésta fuera irrazonable (algo que, insisto, aquí no acontece), dicha anulación podría erigirse en título válido de imputación.

Tampoco existe el alegado agravio comparativo: <<..... **mientras a mi mandante el Ministerio le decía, una y otra vez, que el servicio concesional Madrid- Pamplona no era necesario, al mismo tiempo lo estaba autorizando a terceros, en concreto a las empresas CONTINENTAL y CONDA, mediante fórmulas de combinación entre sus respectivas concesiones Madrid-Soria (VAC- 022) y Soria-Pamplona (NA-19)>>.**

Dicha afirmación no se corresponde con la realidad, pues una cosa es el establecimiento de una nueva línea (cuya decisión, insistimos, compete a la Administración si aprecia su necesidad o conveniencia para el interés público), y, otra, distinta, rentabilizar las concesiones existentes para favorecer sus posibilidades de tráficos a través de las fórmulas a las que acabamos de aludir, opción perfectamente válida.

Hay que recordar que, en el recurso que la actora interpuso contra la Resolución de la Dirección General de Ferrocarriles y Transportes por Carretera de 1 de diciembre de 1998, por la que se autorizó el uso indistinto, en determinadas condiciones, de vehículos a las concesiones de servicio público regular de transporte de viajeros por carretera Madrid-Soria-Logroño con hijuelas (VAC-022) y Pamplona-Soria con hijuelas (NA-19), y que se tramitó por la Sección Octava de la Sala de Madrid, bajo el nº de autos 1.809/99, la allí y aquí recurrente fundaba su pretensión impugnatoria en su mejor derecho en razón de que el 30 de noviembre de 1978 había presentado <<proyecto de creación de concesión de servicio público regular de transporte de viajeros por carretera Pamplona-Madrid siendo éste el tráfico autorizado por la resolución que ahora se recurre, y que por esta razón la recurrente tiene más derechos que las codemandadas, ya que la VAC-022 fue otorgada el 25-2-1992 y la NA-19 fue adjudicada el 1-2-1993, pidiendo ambas el uso indistinto en 15-4-1997>> , lo que rechazó, la Sala de Madrid, en su sentencia desestimatoria de 23 de enero de 2006 (confirmada en casación por la de la Sección Cuarta de esta Sala Tercera de 25 de noviembre de 2008) porque **<<el derecho reconocido a la entidad recurrente por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10-3-1986 , confirmado por la del Tribunal Supremo de 26-9-1988 , se limita a la tramitación de un expediente en el que aquella en unión de otra empresa, que aquí no recurre, solicitaron la concesión de un servicio entre Madrid y Pamplona por Burgos y Logroño.**

El derecho reconocido solo se extiende -como se afirma en el fundamento de derecho quinto de la sentencia de apelación- a " seguir tramitando el expediente por la Administración, con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento de Ordenación de los Transportes por Carreteras vigente". Por ello es claro que la recurrente no es titular de ninguna concesión derivada de dicho expediente,....>> , y añadía la sentencia

<<Por esta razón no cabe considerar prioridad a dicho expediente en relación con el que se impugna en este recurso >>.

Y, la precitada sentencia de la Sección Cuarta de esta Sala y Tribunal, de 25 de noviembre de 2008 , en su Fundamento de Derecho Cuarto, en relación con esa solicitud de 30 de noviembre de 1978, decía << Dicha petición ha sufrido determinadas vicisitudes administrativas y judiciales reflejadas en la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de marzo de 1986 (recurso número 53471/1984), confirmada en apelación por la del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1988; en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de diciembre de 2003 (recurso número 2369/1997; y en el auto de esta misma Sala de 11 de febrero de 2005 , en ejecución de la referida sentencia. **A resultados de dichas vicisitudes cuando se dictó el acto administrativo y la sentencia ahora impugnada no había sido aún convocado el concurso al que se refería la primera de aquellas sentencias, concurso preceptivo según el Reglamento de Ordenación del Transporte Terrestre de 9 de diciembre de 1949, vigente al momento de la solicitud inicial .**

El motivo no podrá prosperar si se advierte que la solicitud formulada en 1978 para establecer un servicio regular de transportes de viajeros por carretera entre Madrid y Pamplona lo era por Burgos y Logroño mientras que la autorización ahora impugnada lo es para utilizar un mismo vehículo que sirva conjuntamente determinados tráficos de dos concesiones diferentes, a saber, Madrid-Soria-Logroño, por un lado, y Pamplona-Soria, por otro. Aun cuando coincidan en sus puntos inicial y final, si por tales se entendieran Madrid y Pamplona, lo cierto es que se trata, insistimos, de concesiones y de rutas o itinerarios diferentes. Frente a lo que alega la recurrente, esta circunstancia no es en absoluto irrelevante sino al contrario y la Sala de instancia acierta al subrayar la diferencia como argumento clave para no atender al argumento "temporal" expuesto en la demanda, dada la heterogeneidad de tráficos y de concesiones.

En efecto, nada impediría que en la resolución del concurso al que se refieren las sentencias y autos antes citados se estableciera un servicio de transportes de viajeros por carretera entre Madrid-Burgos-Logroño y Pamplona que, de suyo, no resulta incompatible con el hecho de que por rutas diferentes subsistan las concesiones VAC-022 (Madrid-Soria-Logroño con hijuelas) y NA-19 (Pamplona-Soria con hijuelas) y que, respecto de ellas, se autorice la utilización de un mismo vehículo para servir conjuntamente determinados tráficos de ambas concesiones >>.

Parece claro, pues y como conclusión, que: **1)** El derecho reconocido a la entidad recurrente por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de marzo de 1986 (confirmada por la del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1988) se limitaba a la tramitación del expediente <<con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento de Ordenación de los Transportes por Carreteras vigente>>, sin que ello, comportara, como sostenía la recurrente, la obligación de que, tramitado ese expediente se convocara concurso para la adjudicación de la concesión porque, como dice la Sentencia de la Sección Novena de la Sala de Madrid nº 1329/03, de 11 de diciembre (Rº 2369/97), la recurrente incurre en el error de <<confundir la concurrencia en la solicitud de la actora de "razones de excepcional interés público", previstas en la Orden Ministerial de 26 de abril de 1971, declarada por las mencionadas resoluciones judiciales, con la "resolución sobre la necesidad del servicio", que exige el Decreto de 9 de diciembre de 1949. La Orden de 26 de abril de 1971, como excepción al cierre de admisión de instancias y Proyectos permite "autorizar la citada admisión si concudiesen razones de excepcional interés público" y en tal caso, acreditadas estas, ha de resolverse sobre si se autoriza la admisión de la instancia y Proyecto para su tramitación y en caso afirmativo se «autorizará la tramitación del expediente de acuerdo con las normas vigentes en la materia», precisando que "esta autorización no prejuzgará el resultado de ninguno de los trámites y resoluciones sucesivos". Así pues, la declaración de excepcional interés público, no equivale como entiende la recurrente a una declaración positiva de necesidad del servicio>>; **2)** Fue dicha sentencia de 11 de diciembre de 2003 (declarada firme el 18 de mayo de 2006) la que, al reconocer que existían razones para una declaración positiva de necesidad del servicio, instó a la Administración a la <<redacción del Pliego de Bases para la celebración del concurso y a la posterior convocatoria del mismo con declaración del derecho de tanteo que corresponda a la actora de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11 y 12 del Decreto de 9 de diciembre de 1949", celebrándose el concurso en octubre de 2006; **3)** El derecho a explotar el servicio no lo obtuvo hasta El 22 de diciembre de 2008 (BOE del día 30), fecha en la que se le adjudicó definitivamente la concesión, empezando a operar el 21 de enero de 2009.

Consiguientemente, el derecho a explotar la concesión -en los términos y con las condiciones establecidas en el título concesional- se adquirió, por vez primera, el 22 de diciembre de 2008, sin que quepa reclamar un inexistente "lucro cesante" de una inexistente explotación, para la que era preciso, inexcusablemente, una previa declaración positiva de necesidad del servicio por parte de su titular - la Administración- que, en uso de potestades discrecionales, debería integrar ese concepto jurídico indeterminado de "necesidad del servicio", seguida de la convocatoria - previa aprobación del Pliego de Bases- y celebración de un concurso público.

Al efecto, hemos de recordar nuestra jurisprudencia en materia de lucro cesante. Como recordaba nuestra ya lejana Sentencia de 15 de noviembre de 2002, <<se exige una prueba rigurosa de las garantías dejadas de obtener, observándose que la indemnización de lucro cesante, en coherencia con reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios". Y, en el mismo sentido, la de 22 de febrero de 2006 (casación 1761/02), en la que se dice que "la indemnización por lucro cesante requiere demostrar que se ha producido de forma inmediata, exclusiva y directa, un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica, derivado de la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes, quedando excluidas de resarcimiento las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas....>>.

Igualmente, en esa misma línea, la sentencia de 22 de febrero de 2006 (casación 1761/02), decía <<la indemnización por lucro cesante requiere demostrar que se ha producido de forma inmediata, exclusiva y directa, un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica, derivado de la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes, quedando excluidas de resarcimiento las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas..... para que resulte procedente la indemnización por lucro cesante ha de resultar plenamente acreditada la causación de un perjuicio real efectivo susceptible de valoración económica y derivado de una pérdida de ingresos no meramente contingentes, sin que en ningún caso las meras expectativas respecto al funcionamiento o desarrollo de un negocio, puedan conformar unas ganancias dejadas de obtener, que den derecho a ser indemnizadas.....>>. Lo que se está reclamando son meras expectativas de una actividad económica que no se inició, **ni podía iniciarse**, hasta obtener la preceptiva concesión (diciembre de 2008). **No existe daño efectivo en los términos en los que ha sido solicitada la indemnización : supuestas ganancias dejadas de obtener (muy distinto a una pretensión de indemnización de eventuales perjuicios por la larga y tortuosa trayectoria recorrida y que, desde luego, no cabe identificar con una indemnización por lucro cesante)** que, como ha quedado reflejado extensamente, dependían de múltiples factores, entre ellos y como presupuesto inexcusable, la adjudicación de la concesión, sin la que no existía posibilidad alguna de explotación de la línea.

La recurrente no ostentaba ningún derecho al establecimiento del tráfico solicitado, ni a que se prestara en régimen concesional, ni a que se le otorgara la concesión si no concurrían los requisitos exigidos en las bases del concurso, el único derecho que tenía era el derecho de tanteo en los términos establecidos en el art. 12 del Reglamento de Transportes de 1949, en el caso de que existiese esa declaración positiva de necesidad, cumpliera los requisitos de la convocatoria y, siempre, claro está, que no concursara alguien con un derecho de tanteo preferente.

Conforme a todo lo expuesto, entiendo que **EL FALLO DE LA SENTENCIA, debería haber sido del siguiente tenor:**

PRIMERO .- HA LUGAR al recurso de casación número 2611/14, interpuesto por "**AUTOBUSES PAMPLONA-MADRID, S.L.**", representada por la procuradora Dña. Isabel Julia Corujo y con la asistencia letrada del Sr. Sánchez-Gamborino, contra la sentencia dictada -6 de mayo de 2014- por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, desestimatoria de su recurso contencioso-administrativo nº 473/12. Sin costas.

SEGUNDO .- SE CASA y ANULA la precitada sentencia de 6 de mayo de 2014.

TERCERO .- SE DESESTIMA el recurso contencioso-administrativo nº 473/12 de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, deducido frente a la resolución de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento (en uso de facultades delegadas por el Excmo. Sr. Ministro) de 21 de diciembre de 2011, por la que se deniega, por prescripción del derecho, la reclamación de responsabilidad patrimonial articulada (escrito presentado el 23 de diciembre de 2009) por el lucro cesante sufrido como consecuencia de las dilaciones en el otorgamiento (resolución de 22 de diciembre de 2008, BOE del día 30) de la concesión del servicio regular de transporte de carretera, de carácter permanente y uso general, Madrid-Pamplona, por Burgos y Logroño, con prolongación a la frontera francesa de Arnegui, instada el 30 de noviembre de 1978. Sin costas.

Dña. Inés Huerta Garicano

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 en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.