



Roj: **STS 2406/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2406**

Id Cendoj: **28079130052017100253**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **13/06/2017**

Nº de Recurso: **245/2016**

Nº de Resolución: **1044/2017**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JUAN CARLOS TRILLO ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CV 5869/2015,**
STS 2406/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 13 de junio de 2017

Esta Sala ha visto los presentes recursos de casación que con el número 245/16, ante la misma penden de resolución, interpuestos por la procuradora doña Beatriz Ruano Cananova, en nombre y representación de <<Levantina de Juegos y Servicios, S.A.>>, que ha sido defendida por el letrado don Eugenio Mata Rabasa, y por la Abogada de la Generalitat Valenciana, contra la sentencia de fecha 20 de noviembre de 2015, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, **Sección Quinta**, en el recurso contencioso administrativo número 252/13, sobre reclamación de responsabilidad patrimonial; siendo partes recurridas las mismas partes recurrentes.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

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

<<1.- Que estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por LEVANTINA DE JUEGOS Y SERVICIOS, S.A. contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada el 31 de octubre de 2012 derivada de la autorización otorgada por la Administración Autonómica para la apertura de una Sala de bingo por Gestora de Bingos Mare Nostrum junto a la que es titular la sociedad recurrente, debemos anular parcialmente dicha resolución, reconociendo como situación jurídica individualizada el derecho de la actora a ser indemnizada de los perjuicios derivados de la apertura de dicha Sala de Bingo, en los términos recogidos en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta Sentencia; sin hacer expresa condena de las costas procesales>>.

SEGUNDO.- Notificada la anterior Sentencia, las representaciones procesales de <<Levantina de Juegos y Servicios, S.A.>> y de la Generalitat Valenciana presentaron escritos ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana preparando recurso de casación contra la referida resolución. Por providencia, la Sala tuvo por preparados en tiempo y forma los recursos de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y el expediente administrativo ante este Tribunal, las partes recurrentes se personaron ante esta Sala y formularon escritos de interposición del recurso de casación, expresando los motivos en que se amparaban, suplicando que se tuvieran por interpuestos los recursos de casación, interesando la procuradora doña Beatriz Ruano Cananova, en nombre y representación de <<Levantina de Juegos y Servicios, S.A.>>, que la Sala dicte resolución por la que acuerde <<[...] revocar la Sentencia recurrida en los términos propuestos, estimando por lo tanto plenamente la reclamación planteada en la demanda de



este procedimiento por la actora de conformidad con cuanto se solicita>>, y la Abogada de la Generalitat, que la Sala <<[...] dicte sentencia por la que estime este recurso y acuerde anular la sentencia de instancia>> .

CUARTO.- Teniendo por interpuestos y admitidos los recursos de casación por esta Sala, se emplazó a las partes recurridas para que en el plazo de treinta días formalizaran sus escritos de oposición, lo que verificó en tiempo y forma la representación procesal de <<Levantina de Juegos y Servicios, S.A.>>, impugnando los motivos del recurso de casación interpuesto por la Generalitat Valenciana en virtud de las razones que estimó procedentes y suplicando que la Sala dicte sentencia <<[...] desestimando el recurso formulado por dicha Administración, con imposición de costas a la misma>>; y así mismo la representación procesal de la Generalitat respecto al recurso interpuesto por <<Levantina de Juegos y Servicios, S.A.>>, suplicando que la Sala <<[...] dicte resolución en virtud de la cual se inadmita o desestime el recurso de casación interpuesto de contrario>>.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso de casación, la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, el 20 de noviembre de 2015, en el recurso contencioso administrativo número 252/13 , interpuesto por la mercantil también ahora recurrente, <<Levantina de Juegos y Servicios, S.A.>>, contra la desestimación por silencio de la reclamación indemnizatoria formulada por la indicada sociedad el 31 de octubre de 2012.

La sentencia referenciada estima en parte el recurso contencioso administrativo y reconoce el derecho de la recurrente a ser indemnizada, posponiendo para ejecución de sentencia la fijación del *quantum* indemnizatorio con arreglo a las bases que establece en el penúltimo párrafo de su fundamento de derecho cuarto, concretamente <<Tomar como dato de referencia la media de venta de cartones en los años 2000, 2001, 2002 y 2003 que figura en el informe del Director General de Tributos y Juego de fecha 28 de marzo de 2013, esto es, 9.544.306 euros y obtener la diferencia con las ventas de cartones entre 1 de junio de 2004 y 30 de junio de 2011 que figura en el informe pericial, descontando en cada ejercicio la disminución porcentual de ventas que se produjo en el Sector en la provincia de Valencia, que asimismo consta en aquél informe, y los costes deducibles de los ingresos brutos, en los términos recogidos en el informe pericial>>.

Considera el Tribunal de instancia, en el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida, que ha quedado probado lo siguiente:

<<En fecha 21 de octubre de 1999 la Comisión Técnica del Juego dictó resolución por la que dispuso denegar la solicitud de autorización de instalación de Sala de Bingo en C/ Doctor Manuel Candela nº 13 y 15, de Valencia, formulada por la mercantil Gestora de Bingos Mare Nostrum S.A., por cuanto del estudio de los documentos aportados al expediente se desprendía, a juicio de esa Comisión, que la incidencia de dicha Sala era directa sobre las salas ya existentes en la misma zona de influencia y fácilmente evaluable, dada la escasa distancia entre la solicitada, cuya ubicación sería en los números 13 y 15 de la c/ Manuel Candela, y la ya existente, ubicada en los números 5 y 7 de la misma calle.

Interpuesto por Gestora de Bingos Mare Nostrum S.A. recurso de alzada contra la anterior resolución, en fecha 7 de enero de 2002 el Conseller de Economía, Hacienda y Empleo dictó resolución estimatoria de dicho recurso, revocando el acuerdo recurrido en todos sus extremos y disponiendo retrotraer las actuaciones al trámite procedimental anterior a su dictado, por discrepar aquella resolución de la valoración efectuada por la Comisión Técnica del Juego y entender, de conformidad con lo preceptuado en el art. 6 de la Orden de 13 de septiembre de 1993 de la Conselleria de Economía, Hacienda y Administración Pública, que la apertura de la Sala de Bingo solicitada podría producir una reactivación de la demanda del juego de bingo y una mejora de la competitividad de las salas de bingo ya existentes al mejorar las instalaciones de las mismas, en cuanto éstas se verían obligadas a hacer más atractiva la oferta de sus servicios con mejoras diversas, entre ellas la de sus propias instalaciones.

En ejecución de la precitada resolución del Conseller de Economía, Hacienda y Empleo de 7 de enero de 2002, la Comisión Técnica del Juego dictó resolución en fecha 12 de marzo de 2002 por la que se dispuso resolver favorablemente la expresada solicitud de autorización de instalación de sala de bingo en C/ Doctor Manuel Candela nº 15, de Valencia, formulada por la mercantil Gestora de Bingos Mare Nostrum S.A.

Interpuesto por Asociación Autónoma de Empresarios de Juegos Legalizados (E.JU.VA.) y por Centro de Investigaciones y Actividades Subacuáticas (C.I.A.S.) recurso de alzada contra la anterior resolución, en fecha 6 de noviembre de 2002 el Conseller de Economía, Hacienda y Empleo dictó resolución desestimatoria de



tales recursos, reiterando que la apertura de la Sala de Bingo solicitada podría producir una reactivación de la demanda del juego de bingo y una mejora de la competitividad de las salas de bingo ya existentes al mejorar las instalaciones de las mismas, en cuanto éstas se verían obligadas a hacer más atractiva la oferta de sus servicios con mejoras diversas, entre ellas la de sus propias instalaciones.

Contra dichas resoluciones, la hoy demandante interpuso recurso contencioso administrativo, recayendo sentencia nº 2382008, de fecha 15 de febrero de 2008, de la Sección Tercera de esta Sala, de la que, por su interés, procede destacar los siguientes fundamentos: "Ahora bien, esa incidencia positiva que, a criterio del Conseller, producía sobre las salas de bingo ya existentes la apertura de la sala solicitada, no puede ser entendida como <<la influencia directa o indirecta que pudiera tener la apertura de la sala sobre las existentes en la misma zona de influencia>> que se señala en el art. 6.c) de la Orden de 13 de septiembre de 1993, puesto que, según ha sido fundamentado supra, esta zona de influencia comprendía un radio de 500 metros, mientras que las resoluciones de 7 de enero de 2002 y 6 de noviembre de 2002 no se refieren a las salas situadas en ese radio, y ni siquiera a las <<cercanas>> a que alude el art. 10.2.d) del Decreto 75/1993, sino a <<todas las salas de bingo existentes>>, y en cualquier caso, en modo alguno había quedado acreditado en el expediente que la apertura de la sala para cuya instalación se solicitaba autorización pudiera producir una reactivación de la demanda del juego de bingo y una mejora de las instalaciones de la única sala existente en dicho radio de 500 metros -el Bingo Levante, sito en la calle C/ Doctor Manuel Candela nº 5, a 25 metros de aquella sala-, antes al contrario, en los informes económicos presentados por Gestora de Bingos Mare Nostrum S.A. se reconocía expresamente, de un lado, el descenso generalizado en la venta de cartones de bingo en los cinco últimos años, situación en la que, según se manifestaba en tales informes, incidía de modo directo, entre otros factores, la competencia entre salas de bingo, y de otro lado, se afirmaba que el Bingo Levante, de 1ª categoría, tenía servicio de buena calidad, con tecnología y decoración moderna, por todo lo cual es obvio que la instalación de la nueva sala no podía producir una reactivación de la demanda del juego de bingo y una mejora de las instalaciones del Bingo Levante, precitado.

De lo expuesto se concluye que la autorización de instalación de sala de bingo en C/ Doctor Manuel Candela nº 15, de Valencia, formulada por la mercantil Gestora de Bingos Mare Nostrum S.A., se otorgó sin considerar el criterio regulado en el art. 6.c) de la Orden de 13 de septiembre de 1993, de la Conselleria de Economía y Hacienda, y vulnerando, por consiguiente, el art. 3.1 de la Ley 4/1988, de 3 de junio, del Juego, de la Comunidad Valenciana, que establece que la autorización administrativa para la organización, explotación y práctica de cualquiera de los juegos permitidos se ha de conceder con sujeción a los requisitos reglamentariamente establecidos, y sin respetar tampoco el criterio de la planificación del sector exigido en el referido art. 3 de la Ley 4/1988, ni la necesaria racionalidad que esa ley persigue introducir en el sector del juego en el ámbito del territorio valenciano, según proclama su preámbulo.

Procede, por lo expresado, sin necesidad de examinar otras alegaciones formuladas por las partes, la anulación de las resoluciones del Conseller de Economía, Hacienda y Empleo de la Generalidad Valenciana de 7 de enero de 2002 y 6 de noviembre de 2002, así como la resolución de la Comisión Técnica del Juego de 12 de marzo de 2002, por ser contrarias a Derecho".

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación, que fue desestimado por sentencia de 31 de octubre de 2011 >>.

Expresa en el indicado fundamento de derecho tercero de la sentencia que <<Según dictamen pericial aportado por la parte actora y ratificado en autos, - apoyado en la cuentas anuales, declaraciones del impuesto sobre sociedades, balances de comprobación a nivel de cuenta (3 dígitos), extracto de cuentas de Mayor cuenta 631 e informes de la Tesorería General de la Seguridad Social correspondientes a las plantillas medias de la actora, todo ello referido al periodo de 2003 al 2011-, las ventas de cartones del Bingo Levantina en el año anterior a la apertura del Bingo Mare Nostrum (25 de mayo de 2004) ascendieron a 10.478.898 euros y durante el periodo de 1 de junio de 2004 a 30 de junio de 2011 a 29.628.210 euros y, deduciendo costes, obtiene unos perjuicios económicos de 4.903.982 euros>> y que <<Según informe del Director General de Tributos y Juego de fecha 28 de marzo de 2013, el importe de ventas de cartones en la Sala de la actora durante el periodo de 2000 a 2003 ascendió a 38.377.225 euros y en la provincia de Valencia la evolución anual de ventas de cartones durante dicho periodo respecto de las ventas en el año 2003 fue la siguiente: en 2004 el 97,47 %; en 2005 el 96,14%; en 2006 el 94,00%; en 2007 el 95,96%; en 2008 el 85,82%; en 2009 el 76,36%; en 2010 el 70,58% y en 2011 el 47,92%>>.

Concluye el fundamento de derecho cuarto que <<[...] la autorización de apertura otorgada en favor de Gestora de Bingos Mare Nostrum lo fue contrariando la normativa que regía en el sector y que incidió en la evolución de ventas de la Sala de la actora, si bien el descenso de tales ventas no es achacable en su totalidad a tal apertura, sino que parte de aquél descenso fue asimismo consecuencia de la evolución negativa de ventas en el sector del juego en Salas de Bingo de la Provincia de Valencia>> y que <<[...] no procede estimar la pretensión de



indemnización por pérdidas posteriores al cierre de la cuestionada Sala en 2011, pues como se ha expuesto y así lo reconoce la parte demandante, los perjuicios derivaron precisamente de la apertura de tal Sala, siendo la lógica consecuencia de su cierre el retorno de los clientes que durante el periodo en que permaneció abierta dejaron de acudir a la Sala de la actora>>.

SEGUNDO.- Disconformes la mercantil demandante y la Administración autonómica demandada con la sentencia referenciada en el precedente, interponen los recursos de casación que ahora examinamos, la primera con dos motivos, en discrepancia con las bases fijadas para la determinación en ejecución de sentencia de la cantidad a indemnizar, y la segunda con un único motivo, en disconformidad con el reconocimiento de responsabilidad patrimonial.

Por ello, un orden lógico jurídico de enjuiciamiento nos determina a examinar en primer lugar el recurso de la Administración demandada, en cuanto resulta obvio que si se llegara a apreciar la inexistencia de responsabilidad patrimonial, la correcta fijación del importe de la indemnización carecería de toda virtualidad práctica.

TERCERO.- Sostiene la Administración autonómica en el único motivo de su recurso, formulado al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, que la sentencia infringe los artículos 139.1 y 2 y 142.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como la Jurisprudencia, y lo hace cuestionando que en el caso de autos concurren los requisitos de efectividad del daño, de relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento de los servicios públicos, y de antijuridicidad del daño.

Previamente al examen de si concurren los requisitos referencias y exigidos por una reiterada Jurisprudencia, debemos resolver la inadmisibilidad que del motivo aduce la mercantil demandante en la instancia en su escrito de oposición.

Al respecto, en contestación a los múltiples argumentos utilizados por la mercantil para invocar la inadmisibilidad del recurso, procede indicar lo siguiente:

A.- No se vulnera la obligación impuesta por reiterada Jurisprudencia en interpretación del artículo 92.1 de la Ley Jurisdiccional, de formulación de motivos separados, por el hecho de que en el supuesto de autos la Administración autonómica hubiera formulado un motivo único en el que cuestionara la concurrencia de los requisitos ya referenciados, configuradores de la responsabilidad patrimonial.

B.- El artículo 88.3 de la Ley Jurisdiccional habilita a este Tribunal, cuando el recurso se funda en el motivo previsto en el apartado 1.d) de dicho artículo, a integrar los hechos declarados como probados por el Tribunal de instancia con aquellos que habiendo sido omitidos estén suficiente justificados en las actuaciones y su toma de consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada.

Eso y no otra cosa es lo que pretende la Administración cuando al cuestionar por la vía del artículo 88.1.d) la concurrencia del requisito de la relación de causalidad, hace mención al informe del jefe de servicio de autorizaciones y homologaciones del juego, de 25 de abril de 2014.

C.- No se alcanza a comprender, salvo que la mercantil recurrente considere erróneamente que las cuestiones relativas a la proposición y valoración de la prueba deben articularse por la vía del 88.1.c), la alegación relativa a que se mezclan en el motivo de la Administración infracciones materiales y de fondo con otras de naturaleza procesal.

D.- Nada más lógico que al cuestionar la concurrencia de los requisitos configuradores de la responsabilidad patrimonial se induzcan referencias de naturaleza fáctica. Es más, no se entendería que el cuestionamiento de los requisitos se realizara desde una perspectiva teórica o ajena a la litis.

E.- Si asiste o no razón a la Administración recurrente al alegar la no concurrencia de los requisitos que refiere, constituye una cuestión de fondo que superada la causa de inadmisibilidad procedemos seguidamente a examinar.

CUARTO.- En lo que se refiere a la invocada no concurrencia del requisito de la efectividad del daño, exigido por reiterada Jurisprudencia que refiere la necesidad de que el daño, además de ser evaluable económicamente e individualizado, sea real, cierto y determinado, no basado en meras especulaciones o expectativas (sentencias de 20 de junio de 2011 - recurso 43/07 - y 15 de enero de 2013 -recurso 817/2011 -), no podemos compartir la argumentación que preside el motivo en tal extremo.

Sostener, como se sostiene por la administración autonómica, que al considerar la sentencia como daño por lucro cesante el beneficio que correspondería a la mercantil, suponiendo que se hubiera mantenido el nivel medio de venta de cartones de los tres años anteriores al funcionamiento de la sala de bingo, se está



considerando por la Sala *a quo* una mera expectativa, constituye en efecto un argumento que no puede ser compartido por este Tribunal.

No repara la Administración recurrente en que el fundamento de derecho cuarto de la sentencia, al reconocer que la autorización de apertura otorgada a favor de <<Gestora de Bingos Mare Nostrum, S.A.>> incidió negativamente en la evolución de ventas de la sala de la demandante, se está admitiendo la causación de un perjuicio patrimonial efectivo por lucro cesante y no una mera expectativa.

El Tribunal de instancia, una vez alcanzada la convicción, no combatida por el único medio posible en casación, cual es la denuncia de una valoración ilógica o arbitraria de la prueba, que la sociedad demandante ha sufrido un detrimento económico como consecuencia de la apertura de una nueva sala de bingo, consistente en la minoración de ingresos por la disminución de ventas de cartones, esto es, teniendo por probado un daño real y efectivo, ante la dificultad de su cuantificación a efectos indemnizatorios, en valoración conjunta del informe pericial y del informe de la Dirección General de Tributos y Juego, sienta las bases para la concreción de la indemnización.

Podrán o no ser acertadas las bases establecidas, tampoco combatidas por la Administración recurrente, pero lo que no puede sostenerse, ateniéndonos a la valoración que de las circunstancias fácticas concurrentes realiza el Tribunal de instancia, es que nos encontremos ante meras expectativas de ganancias y no ante un daño real y efectivo por lucro cesante.

QUINTO.- Respecto al requisito del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso, es de advertir, siguiendo reiterada Jurisprudencia, que si bien se trata de una cuestión jurídica y por ello revisable en casación, el cuestionamiento de su concurrencia ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido correctamente combatidos por haberse infringido normas, jurisprudencia o principios generales de derecho o por valoración ilógica o arbitraria de la prueba (sentencia de 22 de junio de 2012 -recurso 250/2011 - y las en ella citadas).

Si a ello unimos que también este Tribunal, con reiteración, puntualiza que la integración de hechos prevista en el artículo 88.3 de la Ley Jurisdiccional tiene por finalidad completar los hechos probados considerados por el Tribunal de instancia, pero sin que habilite a realizar una valoración del material probatorio distinta a la realizada en la sentencia recurrida (sentencias de 21 de diciembre de 2016 -recurso 942/2015 - 17 de julio de 2012 -recurso 4152/2012 - y 22 de diciembre de 2011 -recurso 4221/2010 -, entre otras), se comprenderá que el motivo, en el extremo relativo a la relación causal, al igual que en el extremo anterior, debe desestimarse.

Tal como resulta del argumentario del motivo en el extremo relativo a la relación de causalidad, lo que realmente pretende la Administración recurrente no es la integración o complementación de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida y sí intentar que este Tribunal alcance una convicción distinta a la del Tribunal de instancia al amparo del artículo 88.3.

En consecuencia, el motivo, en el extremo examinado, debe desestimarse.

Pero es que incluso, aun cuando admitiéramos que en el discurso argumentativo del motivo se invoca una valoración ilógica o arbitraria de la prueba, aun así tampoco podría ser acogido.

Recordemos que reiterada doctrina jurisprudencial, como excepción a la regla general de que la formación de la convicción sobre los hechos en presencia para resolver las cuestiones objeto del debate procesal está atribuida al órgano judicial que, con inmediación, se encuentra en condiciones de examinar los medios probatorios, sin que pueda ser sustituido en tal cometido por este Tribunal de casación, reconoce la viabilidad de que pueda hacerlo cuando se sostenga y se demuestre, invocando la letra d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, la infracción de algún precepto que discipline la apreciación de prueba tasada o que esa valoración resulta arbitraria o ilógica (sentencias de 17 y 21 de marzo de 2016 -recurso de casación 3384/14 y 4126/14 -, 9 de marzo de 2016 -recurso de casación 4119/2014 -, 22 de febrero de 2016 -recurso de casación 3118/2014 -, 12 de diciembre de 2012 -recurso de casación 48/2010 -, 25 de julio de 2013 -recurso de casación 4480/2010 - y 11 de abril de 2014 -recurso de casación 4006/2011 -, entre otras).

Y recordemos también que una constante jurisprudencia puntualiza que para apreciar arbitrariedad o irrazonabilidad en la valoración de la prueba pericial no basta con justificar que el resultado probatorio obtenido por la Sala de instancia pudo ser, a juicio de la parte recurrente, más acertado o ajustado al contenido real de la prueba, sino que es menester demostrar que dicha apreciación es arbitraria o irrazonable o que conduce a resultados inverosímiles (sentencias de 18 de julio de 2012 -recurso de casación 432/2005 -, 11 de abril de 2014 -recurso de casación 4006/2011 - y 7 de diciembre de 2015 -recurso de casación 2023/2014 -, y las anteriormente citadas de 2016).



SEXTO.- El último requisito cuya concurrencia cuestiona la Administración en su motivo es el de la antijuridicidad.

Para resolver este extremo del motivo es oportuno recordar, siguiendo nuestra reciente sentencia de 25 de abril de 2017 -recurso 606/16 -, lo siguiente:

<<1.- La antijuridicidad del daño no viene referida al aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración sino al objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga la obligación de soportarlo. Si existe el deber jurídico de soportar el daño decae la obligación de indemnizar (sentencias de 18 de febrero de 2013 -recurso de casación 5667/2010 -, 29 de junio de 2011 -recurso de casación 6335/2009 -, 28 de marzo de 2014 -recurso de casación 4160/2011 -, 5 de noviembre de 2010 -recurso de casación 4508/2006 -, 27 de mayo de 2009 -recurso de casación 588/2005 - y 3 de diciembre de 2012 -recurso de casación 4232/2010 -).

2.- Cuando en supuestos como el enjuiciado la declaración de responsabilidad demandada trae causa de la anulación de actos administrativos, no basta la anulación del acto para tener derecho a indemnización, sino que hay que tener en cuenta la naturaleza de la actividad administrativa impugnada (sentencias de 26 de octubre de 2011 -recurso de casación 188/2009 -, 28 de marzo de 2014 -recurso de casación 4160/2011 - y 5 de noviembre de 2010 -recurso de casación 4508/2006).

Conforme expresa la sentencia referenciada de 26 de octubre de 2011 , con amplia cita jurisprudencial, deben rechazarse las tesis maximalistas, tanto las que defienden que no cabe nunca derivar la responsabilidad patrimonial de la Administración autora de un acto anulado como aquellas otras que sostienen su existencia en todo caso, y tomar en consideración, entre otros elementos, la naturaleza misma de la actividad administrativa.

Como dice la sentencia de 16 de febrero de 2009 -recurso de casación 1887/2007 -, referenciada, entre otras, en las más recientes de 2 de noviembre de 2011 -recurso de casación 3277/2007 - y 9 de diciembre de 2015 -recurso de casación 1661/2014 -, "[...] el panorama 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 lo 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, rememorada 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)]" y añade que "[...] no acaba aquí el catálogo de situaciones en las que, atendiendo al cariz de la actividad administrativa de la que emana el daño, puede concluirse que el particular afectado debe sobrellevarlo. También resulta posible que, ante actos dictados en virtud de facultades absolutamente regladas, proceda el sacrificio individual, no obstante su anulación posterior, porque 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, si revisadas y anuladas sus decisiones, tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes. En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el funcionamiento de un determinado servicio público resulta antijurídico ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de racionalidad exigibles. Esto es, si, pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para los que se la ha atribuido la potestad que ejercita. Así lo hemos expresado en las dos sentencias referidas de 14 de julio y 22 de septiembre de 2008 , dictadas en unificación de doctrina (FFJJ 4º y 3º, respectivamente)".

3.- No hay antijuridicidad cuando es la conducta del perjudicado la determinante del daño producido (sentencia de 24 de junio de 2009 -recurso de casación 1316/2009 -)>>>.

En efecto es conveniente recordar la doctrina jurisprudencial referenciada en cuanto su aplicación al caso impide acoger las razones expresadas por la Administración para cuestionar la concurrencia del requisito de la antijuridicidad.



Si bien la Sala de instancia no realiza consideración especial alguna respecto a la concurrencia del requisito de la antijuridicidad, salvo una genérica referencia en el fundamento de derecho segundo de su sentencia, de su contexto resulta que la antijuridicidad del daño que contempla no se apoya sin más en la anulación de la resolución de autorización de apertura de una sala de bingo a <<Gestora de Bingos Mare Nostrum, S.A.>>, lo que vulneraría ciertamente la doctrina jurisprudencial citada, sino también en la naturaleza reglada de la actividad autorizatoria.

Así resulta cuando el Tribunal *a quo* transcribe parcialmente la sentencia del propio Tribunal de 15 de febrero de 2008 y recoge que la autorización <<[...] se otorgó sin considerar el criterio regulado en el art. 6.c) de la Orden de 13 de septiembre de 1993, de la Conselleria de Economía y Hacienda, y vulnerando, por consiguiente, el art. 3.1 de la Ley 4/1988, de 3 de junio, del Juego, de la Comunidad Valenciana, que establece que la autorización administrativa para la organización, explotación y práctica de cualquiera de los juegos permitidos se ha de conceder con sujeción a los requisitos reglamentariamente establecidos, y sin respetar tampoco el criterio de la planificación del sector exigido en el referido art. 3 de la Ley 4/1988, ni la necesaria racionalidad que esa ley persigue introducir en el sector del juego en el ámbito del territorio valenciano, según proclama su preámbulo>>.

En consecuencia, carecen absolutamente de virtualidad las alegaciones de la Administración recurrente relativas a que la anulación de las resoluciones administrativas no implica la consideración de una lesión como antijurídica, y que en el supuesto de ejercicio de potestades discrecionales hay que estar, dado que el legislador ha querido que la Administración actúe libremente, a la razonabilidad de su decisión.

En todo caso no podemos dejar de considerar que el actuar de la Administración, al autorizar la nueva sala de bingo, no solo infringe la normativa de aplicación que refiere la indicada sentencia de 15 de febrero de 2008, confirmada en casación por la de este Tribunal de 31 de octubre de 2011 -recurso 1358/2008-, sino que además no se justifica razonablemente, pues ciertamente no es razonable que se prescindiera conscientemente de la reglamentación de aplicación, apelando a la incidencia positiva que para el sector supone la autorización, cuando como se indica en la sentencia referenciada de 15 de febrero de 2008, no solo esa incidencia no está acreditada sino que además resulta desvirtuada por informes económicos.

Por todo ello, el recurso de la Administración, debe desestimarse.

SÉPTIMO.- Entrando ya en el examen del recurso interpuesto por <<Levantina de Juegos y Servicios, S.A.>>, y comenzando por el motivo primero, por el que, al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, aduce la infracción de los artículos 67.1 de igual Texto y 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con el argumento de que la sentencia incurre en incongruencia *extra petita* al acordar de oficio, sin oír previamente a las partes, que la base de cálculo para determinar la indemnización debe ser la media de los beneficios obtenidos entre los años 2000 y 2003 y no los correspondientes al último ejercicio anterior a la apertura de la nueva sala de bingo, puede ya adelantarse que el motivo debe desestimarse.

Incurriéndose en la incongruencia denunciada cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión no deducida por las partes, o cuando, aun ajustándose a las pretensiones, introduce cuestiones, temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso, sobre los cuales las partes no tuvieron la posibilidad de ejercitar su derecho de defensa mediante la formulación de las alegaciones que tuvieran por conveniente, ninguna duda ofrece que la sentencia no incurre en el defecto o irregularidad procesal de mención.

Aunque en el escrito de contestación a la demanda nada se expresa en disconformidad a los parámetros a seguir para fijar la indemnización instada por la demandante, la circunstancia de que en dicho escrito la oposición se centrara en la impropiedad de la declaración de responsabilidad patrimonial, no permite considerar que la decisión adoptada en la sentencia recurrida de tener en cuenta para fijar la indemnización la media de los beneficios obtenidos por la actora entre los años 2000 y 2003, suponga introducir una cuestión, tema o materia no debatida en el proceso.

El hecho de que la pericial se atenga exclusivamente a las ventas de cartones por la demandante en el año anterior al cierre de la sala de bingo perteneciente a la sociedad <<Gestora de Bingos Mare Nostrum, S.A.>> no impide que el Tribunal, a la hora de determinar el importe de la indemnización, pueda acudir a otros parámetros distintos a los dictaminados por el perito, sin necesidad de planteamiento previo de tesis a las partes.

OCTAVO.- Con el segundo motivo de <<Levantina de Juegos y Servicios, S.A.>>, por la vía del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, se sostiene una valoración ilógica y arbitraria de la prueba por el Tribunal de instancia al establecer que la cifra resultante del primer parámetro considerado para fijar el importe de la indemnización (diferencia entre la media de venta de cartones en los años 2000, 2001, 2002 y 2003, que figura en el informe del Director General de Tributos y Juego de 28 de marzo de 2013, y la de venta de cartones entre el 1 de junio



de 2004 y el 30 de junio de 2011, que figura en el informe pericial) se descuenta <<[...] en cada ejercicio la disminución proporcional de ventas que se produjo en el sector en la provincia de Valencia y que asimismo consta en aquel informe>>.

El motivo debe desestimarse.

Si la sala de bingo de la actora fuera de primera categoría podría tener acogida el motivo en consideración a que los de esta categoría hasta el año 2011 no sufrieron disminución de venta de cartones. Lejos de ello, según resulta del informe del Jefe del Servicio de autorizaciones y Homologaciones del Juego, de fecha 25 de abril de 2014, hay un incremento de ventas respecto del año 2003 durante los años 2004 a 2010.

Pero como no puede tenerse por probado que el bingo de la actora fuera de la primera categoría, circunstancia de fácil prueba por la indicada parte y negada por la Administración en su escrito de contestación a la demanda, el motivo debe desestimarse, siendo de significar, en primer lugar, que la sentencia de 15 de febrero de 2008 no reconoce la categoría primera a la sala de bingo de la actora sino que se limita a afirmar que esa categoría se le asigna en los informes económicos presentados por <<Gestora de Bingos Mare Nostrum, S.A.>> y, en segundo lugar, que ni ese reconocimiento de la categoría primera por parte de <<Gestora de Bingos Mare Nostrum, S.A.>> ni el que también refiere la recurrente como producido en el informe de viabilidad aportado por la indicada sociedad, permite apreciar una valoración ilógica o arbitraria de la prueba por el Tribunal de instancia.

Nos remitimos a la doctrina jurisprudencial que sobre la valoración de la prueba recogimos en el fundamento de derecho quinto al tratar sobre la concurrencia del nexo causal.

NOVENO.- La desestimación de los recursos de la Administración y de la mercantil <<Levantina de Juegos y Servicios, S.A.>>, exime de hacer especial pronunciamiento de condena en costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido no haber lugar a los recurso de casación formulados por las representaciones procesales de <<Levantina de Juegos y Servicios, S.A.>> y la Generalitat Valenciana, contra la sentencia de fecha 20 de noviembre de 2015, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sección Quinta, en el recurso contencioso administrativo número 252/13 . Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

Jose Manuel Sieira Miguez Rafael Fernandez Valverde Juan Carlos Trillo Alonso Wenceslao Francisco Olea Godoy Ines Huerta Garicano Cesar Tolosa Tribiño Mariano de Oro-Pulido y Lopez **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Juan Carlos Trillo Alonso** , estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.