Roj: **STS 455/2009** - ECLI: **ES:TS:2009:455**

Id Cendoj: **28079130062009100079**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **6**
Fecha: **16/02/2009**
Nº de Recurso: **1887/2007**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**
Ponente: **JOAQUIN HUELIN MARTINEZ DE VELASCO**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de febrero de dos mil nueve

La Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados relacionados al margen, ha visto el recurso de casación número 1887/07, interpuesto por el procurador don Isacio Calleja García, actuando en nombre de las sociedades anónimas CUATROEME, FEBING, BINGO RIOJANO, ELOPE y GARMI (GRUPO BALLESTEROS), contra la sentencia dictada el 14 de febrero de 2007 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 8ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso 64/04, sobre responsabilidad patrimonial por los perjuicios causados a consecuencia del cierre cautelar de dos salas de bingo. Ha intervenido como parte recurrida la Comunidad de Madrid, defendida por un letrado de sus servicios jurídicos

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada rechazó, sin examinar el fondo y por inexistencia de acto revisable, el recurso contencioso- administrativo promovido por las citadas cinco compañías contra la desestimación presunta de las reclamaciones que habían dirigido a la Comunidad de Madrid para resarcirse de los perjuicios causados por el cierre cautelar durante doce días de las salas de bingo «Pegaso» y «Príncipe», acordado al tiempo de incoarse unos expedientes sancionadores que culminaron con la imposición de unas sanciones después anuladas en sentencias firmes.

Tal decisión se sustenta en la siguiente motivación:

«Como primera cuestión conviene destacar un dato esencial y es que el acto inicialmente impugnado, tal como quedó identificado en el escrito de interposición de este recurso (presentado el 20 de enero de 2004), era la desestimación presunta (ficción legal arbitrada como instrumento de acceso a la vía jurisdiccional a fin de evitar que la inactividad de la Administración o su retraso en resolver pueda irrogar perjuicios al administrado) de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial deducidas en escritos presentados el 7 de abril de 2003.

Ahora bien, el día 22 del mismo mes y año, es decir dos días después de que se interpusiera este recurso, se les notificó la Resolución de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Hacienda de la CAM del día 13, por la que se inadmitía -por haber transcurrido el plazo de prescripción de un año establecido en el art. 142.4 y 5-la reclamación articulada por "CUATROEME, S.A." y "FEBING 93 , S.A.", por importe de 303.070 € correspondiente al lucro cesante por la ausencia de ventas los días 15 a 27 de septiembre de 2000, días en las que permanecieron cerradas las Salas de Bingo "PEGASO" y "PRINCIPE", de las que son titulares, como consecuencia de las medidas cautelares adoptadas en Resolución de 15 de septiembre de 2000 y declarar adicionalmente que dicho lucro cesante era un daño que los reclamantes tenían el deber jurídico de soportar. Igualmente, inadmitía -por idénticas razones- las reclamaciones articuladas por las cinco mercantiles por las menores ventas de las citadas Salas desde el 28 de septiembre de 2000 hasta el 31 de marzo de 2003 y desde dicha fecha hasta el 14 de septiembre de 2010 y de las Salas "AMERICA", "RIOJANO", "CLARDGE" y "VILLAVERDE", de las que son titulares "ELOPE, S.A.", "BINGO RIOJANO, S.A." y "GARMI, S.A.", desde el 15 de

septiembre de 2000 hasta el 14 de septiembre de 2010, por los honorarios profesionales satisfechos con ocasión de las medidas cautelares y procedimientos sancionadores y la indemnización por daños morales.

Los recurrentes, sin embargo, no solo no solicitaron la ampliación del recurso -como expresa y específicamente ordena el art. 36.4 LJCA -, sino, incluso, en la demanda (a la que, acompañaban copia de la antecitada Resolución de 22 de enero de 2004) no hacían mención alguna a dicha Resolución y a los motivos de la desestimación de sus reclamaciones, sino que, con total desconocimiento de la naturaleza y finalidad del silencio administrativo, en el Suplico se decía textualmente: ".....se tenga por formalizada en tiempo y forma con devolución del expediente entregado, demanda contra la resolución por silencio administrativo de la reclamación interpuesta....." Y en su apartado Primero 1.2 -bajo el epígrafe Fondo del Asunto- se decía, sorprendentemente, "al objeto de abordar la problemática de la posible alegación de prescripción de la acción de reclamación.....".

No era posible, sino que la única Resolución existente desde el 22 de enero de 2004 (fecha de notificación de la Resolución expresa de 20 de enero), precisamente, inadmitía la reclamación por prescripción del derecho, luego no había "posibilidad" de clase alguna, sino certeza.

De cuanto acaba de exponerse es claro que el único acto impugnado -desestimación presunta-, en torno al cual se han articulado las pretensiones, no existe, por lo que el presente recurso carece de objeto al no haber procedido la actora en la forma legalmente establecida, y, consiguientemente, el recurso deviene inadmisible en aplicación del art. 69 .c) en relación con el art. 25 LJCA y tal decisión en modo alguno vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de las actoras pues este derecho fundamental -prestacional- no es un derecho de libertad, sino de configuración legal, que ha de impetrase a través de los cauces y con los requisitos y exigencias que el legislador establece, por lo que siendo claros los términos del art. 36.4 de la Ley Jurisdiccional y clara también la actuación procesal de la actora, ignorando dicho precepto, la naturaleza de las resoluciones presuntas y la Resolución expresa de 20 de enero de 2004 (notificada correctamente el día 22, documento 28 del expediente), obrante en el expediente administrativo (documento 27) y aportada por la propia demandante con su escrito de demanda (folio 124 de los autos), sólo a dicha parte es imputable que su pretensión quede imprejuzgada.»

SEGUNDO.- Las empresas demandantes prepararon el presente recurso y, previo emplazamiento ante esta Sala, efectivamente lo interpusieron mediante escrito presentado el 9 de mayo de 2007 , en el que invocaron cuatro motivos de casación, los tres primeros al abrigo del artículo 88, apartado 1, letra d), de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de esta jurisdicción (BOE de 14 de julio), y el último con la cobertura de la letra c) del mismo precepto.

En el primero denuncian la infracción por inaplicación de los artículos 25, apartado 1, y 69, letra c), de la citada Ley procesal. Razonan que la conclusión a la que llega la Sala de instancia es errónea en la medida en que se sustenta en la ficción de que, no ampliando el recurso a la desestimación expresa de la reclamación, se conformaron con tal decisión, no existiendo acto recurrible porque el rechazo presunto por silencio administrativo dejó de existir al ser sustituido por dicho explícito pronunciamiento. Añaden que lo cierto es que la acción procesal se dirigió contra ambas decisiones, como lo demuestra que en la demanda aludieran directamente a la resolución de 22 de enero de 2004 desestimatoria de la reclamación, aportando copia de la misma y argumentando frente a la prescripción y, subsidiariamente, a la inexistencia de daño resarcible y de relación de causalidad, fundamentos de la misma. Igualmente, en conclusiones se hizo referencia explícita a la repetida decisión, por lo que concluyen que, en definitiva, la acción interpuesta en la demanda se dirigía contra el acto expreso tardío.

El segundo motivo tiene por guión la inaplicación del artículo 36, apartados 1 y 4, de la Ley 29/1998 , de cuya literalidad, según los recurrentes, no se desprende que impongan una obligación o carga de ampliar el recurso a la desestimación expresa, sino que, por el contrario, reconoce un mera facultad, como se deduce de la repetida utilización en dichos preceptos del vocablo «podrá». Añaden que, en cualquier caso, resulta desproporcionado suponer consentida una resolución expresa confirmatoria de otra presunta ya recurrida por el hecho de que no se amplió el recurso a aquella primera cuando las argumentaciones desenvueltas en la demanda critican y discrepan de su contenido. Terminan subrayando que el sentido de los preceptos que denuncian como infringidos radica en que existe para el recurrente una facultad discrecional de ampliar el recurso, no siendo un acto procesal imprescindible cuando el acto administrativo expreso es de idéntico sentido al producido por silencio y sobre él han podido debatir las partes.

El tercer motivo, amparándose en el artículo 88, apartado 2 (sic), de la Ley 29/1998 , consiste en la infracción, también por inaplicación, del artículo 24, apartado 1 , de la Constitución, ya que, en opinión de las compañías recurrentes, desconoce el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, causando indefensión, la decisión de no admitir el recurso contencioso- administrativo por inexistencia del acto impugnado al considerarse que

debía haberse ampliado a la tardía resolución expresa que confirma la desestimación presunta por silencio, pese a haberse discutido en el proceso el contenido de aquella explícita resolución.

El último motivo achaca a la sentencia impugnada incurrir en incongruencia por omisión, ya que, al no admitir el recurso, dejó sin respuesta alguna a las pretensiones sometidas a su consideración. Para fundar esta queja, las empresas demandantes explican que la Comunidad de Madrid no suscitó la inadmisión del recurso por falta de ampliación a la decisión expresa. Ambas partes tuvieron conocimiento de su incorporación al debate por la Sala cuando se les notificó la providencia de 23 de enero de 2007 , en la que no se ofreció la posibilidad de subsanación. «No habiendo tenido lugar tal hecho, la inadmisión del recurso vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y, por ende, el derecho de las partes a una resolución que resuelva todas y cada una de las cuestiones planteadas y que han sido objeto del debate procesal».

Terminan interesando el pronunciamiento de sentencia que case la recurrida y que, en su lugar, admita el recurso, ordenando al Tribunal Superior de Justicia que examine el fondo del asunto y estime en su totalidad las pretensiones solicitadas en el escrito de demanda.

TERCERO.- La Comunidad de Madrid se opuso al recurso en escrito registrado el 24 de junio de 2008, negando, en lo que atañe al primer motivo, que la referencia en la demanda a la existencia de una ulterior resolución expresa implique que la misma se impugne. Es más, en el primer hecho de dicho escrito rector, la parte actora alegó que esa resolución y cualquier escrito de fecha posterior debían rechazarse por extemporáneos. Por último, en el suplico nada se dice de esa resolución, volviéndose a identificar como acto recurrido la decisión presunta por silencio.

En relación con el segundo motivo, la Administración demandada sostiene que el artículo 36, apartado 4, de la Ley 29/1998 otorga al demandante dos posibilidades: ampliar el recurso y continuar la tramitación o desistir, aceptando la decisión expresa, en cuyo caso podrá interponer nuevo recurso contencioso-administrativo contra la misma. En uno y otro caso, deben, sin embargo, fijarse dos ideas. La primera, que el tenor literal del artículo 36, apartado 4 , es claro y no deja lugar a dudas sobre el plazo para utilizar ambas opciones. La segunda consiste en que, cualquiera que sea la alternativa que se elija, hay que entender que se ha producido un cambio del objeto del proceso. Considerar que el apartado 4 del artículo 36 permite ampliar el recurso sin sujeción a plazo, además de atentar contra la seguridad jurídica, privaría de sentido a dicho apartado y a las opciones que contempla. Por otro lado, admitir que cabe la coexistencia entre la acción dirigida contra el acto presunto y la que más tarde se deduce contra el expreso, una vez que se dicta y notifica, carece de rigor conceptual, pues supondría aceptar la impugnación de una misma decisión administrativa como si fueran dos distintas, obligando al juzgador a hacer dos pronunciamientos separados sobre la conformidad a derecho de "dos actos", cuando es evidente que el primero (el presunto) ha desaparecido a causa de la aparición del segundo. Cualquier otra interpretación llevaría a una finalidad distinta a la querida por la Ley. La forma de entender el precepto que propone se compadece, a juicio de la Comunidad de Madrid, con la doctrina del Tribunal Constitucional.

Termina afirmando que no existe vulneración alguna del derecho a la tutela judicial efectiva, máxime si se tiene presente que la Sala de instancia dio traslado a las partes para realizar alegaciones sobre la posible causa de inadmisión que después aplicó.

CUARTO.- Las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, circunstancia que se hizo constar en providencia de 17 de noviembre de 2008, fijándose al efecto el día 11 de febrero de 2009, en el que, previa deliberación, se aprobó la presente sentencia.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. JOAQUÍN HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las compañías recurrentes, que integran el grupo empresarial «Ballesteros», se dirigieron el 7 de abril de 2003 a la Comunidad de Madrid reclamando una indemnización por los daños y perjuicios que, a su juicio, se les habían irrogado por el cierre cautelar durante doce días de las salas de bingo «Pegaso» y «Príncipe», acordado al tiempo de incoarse unos expedientes sancionadores que culminaron con la imposición de unas sanciones, después anuladas en sentencias firmes.

Como quiera que la Administración no les notificara una respuesta en el plazo prescrito, entendieron desestimada su reclamación por silencio administrativo, por lo que el 20 de enero de 2004 interpusieron el recurso contencioso-administrativo en el que se dictó la sentencia que ahora combaten. No obstante, días más tarde (el 22 de enero), se les trasladó una resolución aprobada por la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid el 13 anterior, desestimatoria de sus pretensiones, tanto por haber prescrito la acción

como por inexistencia de daño antijurídico, ya que, en opinión de la Administración, las reclamantes tenían el deber jurídico de soportar el daño.

Las recurrentes no hicieron uso de la facultad que les otorga el apartado 4 en relación con el 1, ambos del artículo 36 de la Ley 29/1998 , para, en el plazo de dos meses previsto en el 46 del propio texto legal, ampliar el recurso a la decisión expresa o, tras desistir del instado contra la denegación presunta, instar uno nuevo frente a esa explícita y tardía resolución que vino a sustituir a esta ficción legal desestimatoria. No obstante, en los hechos de la demanda hicieron mención a la misma, adjuntando una copia del traslado recibido, y en sus fundamentos argumentaron que la acción no había prescrito y que la lesión que denunciaban era antijurídica, no estando obligadas jurídicamente a soportarla. Al contestar la demanda, la Comunidad de Madrid adujo que el derecho a reclamar se había extinguido por el transcurso del tiempo, precisando que no existía relación de causalidad entre la actuación administrativa y el lucro cesante que las compañias demandantes dicen haber sufrido. En conclusiones, ambas partes insistieron en sus respectivas posiciones.

La Sala de instancia, tras oír a los contendientes sobre el particular, en la sentencia discutida rechaza a limine el recurso contencioso-administrativo por inexistencia de acto impugnado, en virtud de las razones que han quedado plasmadas en el primer antecedente de la presente resolución.

Las compañías recurrentes se revelan contra la anterior decisión y en los tres primeros motivos, que analizaremos conjuntamente por su íntima conexión, denuncian que tal forma de resolver infringe el artículo 24, apartado 1 , de la Constitución y los artículos 25, apartado 1, 36, apartados 1 y 4, y 69, letra c), de la Ley de esta jurisdicción.

SEGUNDO.- El artículo 36 de la Ley 29/1998 regula la llamada «acumulación por inserción» o «ampliación del objeto del recurso», de modo que, conocida la existencia de algún acto, disposición o actuación que guarde con el que sea objeto del recurso la relación prevista en el artículo 34 , el demandante puede pedir, dentro del plazo para interponer recurso contencioso- administrativo, que se amplíe el ya iniciado a la nueva actuación administrativa (apartado 1). Ahora bien, en el caso de que esta nueva actuación constituya la respuesta explícita a una petición cuya desestimación presunta por silencio es objeto de una impugnación contencioso-administrativa en trámite, el recurrente, además de conducirse como indica el apartado 1, puede aceptar el pronunciamiento expreso, desistir de la impugnación contra el acto presunto y, en el plazo para recurrir, instar otra contra aquel primero (apartado 4). En los términos de la Ley 29/1998 cabe una tercera posibilidad consistente en interponer un recurso contencioso-administrativo independiente contra el acto expreso y después pedir su acumulación al que ya está en marcha contra el presunto, conforme a lo dispuesto en el artículo 37 .

La primera nota que salta a la vista de la regulación descrita es que el legislador ha configurado las distintas reacciones del recurrente (ampliación, desistimiento y nuevo recurso o interposición independiente y posterior acumulación) con carácter potestativo, como lo evidencia el repetido uso del verbo «poder». Ahora bien, (1) o amplia, (2) o desiste e insta otro proceso (3) o impugna y pide la acumulación en los plazos que contempla el artículo 46 de la propia Ley , pues si no lo hace así la nueva actuación administrativa quedará consentida, firme y, por consiguiente, inatacable con arreglo a los artículos 51, apartado 1, letra d), y 69, letra c), de la Ley de la jurisdicción.

Surge, sin embargo la duda de, si esta última afirmación rige para todos los casos. Dicho de otra forma, si el apartado 4 del artículo 36 , inexistente en su precedente (el artículo 46 de la vieja Ley reguladora de esta jurisdicción de 27 de diciembre de 1956 -BOE de 28 de diciembre -) y que no estaba previsto en el proyecto de Ley remitido a las Cortes (fue introducido en sede parlamentaria como enmienda 112 para «solucionar los problemas derivados de las notificaciones tardías»), obliga en toda circunstancia a ampliar o a desistir e impugnar, de modo que si el recurrente no opta por ninguno de ambos caminos su pretensión quedará en vía muerta, habida cuenta de que la decisión expresa tardía resultará inatacable por no haber sido recurrida en tiempo, mientras que la presunta ya no existe, pues la ficción que representa ha sido reemplazada por la ulterior explícita resolución. Esta es la interpretación que ha llevado a la Sala madrileña a no admitir el recurso.

Pues bien, no compartimos esa forma de decidir, por dos razones, una más general y otra más apegada a las circunstancias concretas del caso debatido.

La primera consiste en que la letra del precepto permite entender que la opción por el desistimiento y la ulterior promoción de un nueva acción procesal, que ofrece al recurrente el artículo 36, apartado 4, de la Ley 29/1998 , parte del presupuesto de que la decisión expresa retrasada modifique o altere el contenido desestimatorio del silencio. En efecto, si se autoriza al actor a desistir con fundamento en la aceptación de la resolución expresa es porque su contenido es distinto (parcialmente estimatorio) del puramente negativo del silencio, supuesto en el que la lógica impone apartarse del proceso y, en su caso, proponer uno nuevo o, si se elige la otra solución, la ampliación, entendiéndose sustituida la decisión negativa presunta por la nueva resolución expresa. Ahora

bien, tal exigencia resulta superflua cuando la explícita resolución intempestiva es totalmente desestimatoria y, por consiguiente, viene a reproducir el contenido negativo del silencio, si bien con motivación. Esta es la razón que llevó a la jurisprudencia, bajo la vigencia de la Ley de 1956 , a considerar innecesaria la ampliación si el acto administrativo expreso, realizado fuera de tiempo, era de idéntico contenido al producido por silencio administrativo, pues venía a hacer explícito y real lo que ya anteriormente se había tenido por existente, sin añadir nada ni modificar el contenido implícito de la voluntad administrativa. En congruencia con tal forma de plantear el problema, el Tribunal Supremo únicamente consideró imprescindible la ampliación cuando el acuerdo dictado enmendaba el contenido del silencio, coyuntura en la que si no se extendía la acción al acto expreso, como ya hemos apuntado, llegaba a ser firme y consentido, quedando sustraído a la jurisdicción sin que, por consiguiente, la sentencia que se dictase con respecto al presunto pudiera alcanzarle en sus consecuencias.

Existe en este sentido un importante acervo jurisprudencial del que son exponentes las sentencias de 7 de mayo de 1990 (apelación 268/88, FJ 2º), 30 de septiembre de 1991 (apelación 6559/92, FJ 2º), 27 de febrero de 1997 (apelación 10636/1991, FJ 1º), 24 de febrero de 1998 (apelación 2699/92, FJ 1º) y 5 de diciembre de 2002 (casación 6498/98, FJ 1º). En la sentencia 98/1988 (FJ 5º), el Tribunal Constitucional , al resolver un recurso de amparo, ha hecho propia la tesis del Tribunal Supremo, quien la ha conservado bajo la vigencia de la Ley 29/1998, teniendo su artículo 46 a la vista [sentencia de 31 de mayo de 2006 (casación 1643/03, FJ 2º)].

La otra razón, que tiene en cuenta el modo en el que se ha desenvuelto en el actual supuesto el proceso en la instancia, consiste en que, aun cuando las compañías demandantes no ampliaron expresamente el recurso a la resolución desestimatoria de la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid, existen actos que demuestran su inequívoca voluntad de extender la impugnación a la misma. Así, en la demanda, hicieron referencia a dicha resolución, de la que adjuntaron copia, y, pese a sostener que, por su condición de intempestiva, no debía tenerse en cuenta por la Sala, haciendo en el suplico únicamente referencia al acto presunto, concentraron los fundamento jurídicos de la demanda en rebatir las dos razones sobre las que se sustenta el acto expreso denegatorio: la prescripción de la acción y la inexistencia de lesión antijurídica, planteamiento reproducido en conclusiones. Parece indiscutible que, como para un caso semejante sentó la sentencia de esta Sala de 5 de diciembre de 2002 (FJ 1º), ya citada, ha de entenderse que ampliaron el recurso contra el acto expreso.

En suma, como se denuncia en el segundo motivo de casación, la Sala madrileña ha como es sabidorealizado una interpretación inadecuada del artículo 36 de la Ley 29/1998 , que le ha llevado a aplicar indebidamente el artículo 69 , letra c), según se quejan las recurrentes en el primer motivo. De este modo, ha rechazado, sin examinar el fondo, el recurso contencioso-administrativo con fundamento en una equivocada interpretación de los preceptos que disciplinan el acceso a la jurisdicción, incidiendo en la infracción del artículo 24, apartado 1 , de la Constitución, invocado en el tercer motivo de casación. Este precepto constitucional repudia, como es sabido, la declaración de inadmisibilidad de una acción jurisdiccional cimentada en la interpretación errónea, excesivamente formalista, no debidamente justificada o desproporcionada de las normas que regulan la entrada al proceso (sentencias del Tribunal Constitucional 55/1997, FJ 2º; 86/1998, FJ 5º; y 122/1999, FJ 2º), momento en el que opera con máxima intensidad el principio hermenéutico pro actione, que los jueces han de aplicar en virtud del deber que les incumbe de tutelar efectivamente los derechos e intereses legítimos de quienes demandan su amparo (sentencias del Tribunal Constitucional 37/1995, FJ 5º, y 181/2001, FJ 2º).

TERCERO.- Las anteriores reflexiones imponen la estimación de los tres primeros motivos del recurso de casación, circunstancia que, sin necesidad de abordar el examen del último, comporta la casación y la anulación de la sentencia impugnada. Una vez que el mencionado pronunciamiento jurisdiccional ha sido arrojado del mundo del derecho y declarado que no procede rechazar a limine la pretensión de las empresas recurrentes, compete a esta Tribunal Supremo, asumiendo el papel de juez de la instancia, resolver el fondo del litigio en los términos en los que se suscitó [artículo 95, apartado 2, letra d), de la Ley 29/1998].

En ese faena debemos tener presente los dos argumentos por los que, en la resolución de 13 de enero de 2004, notificada el siguiente día 22, la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid no accede a las pretensiones de las sociedades reclamantes: la prescripción de su derecho a reclamar y su obligación de soportar el daño que sufrieron.

CUARTO.- Llegados a este punto, conviene precisar que el 15 de septiembre de 2000, la Dirección General de Atención al Ciudadano, dependiente de la Consejería de Presidencia y Hacienda de la Comunidad de Madrid, incoó sendos procedimientos sancionadores (números 434/00 y 435/00) porque, al parecer, se habían detectados determinadas irregularidades en el funcionamiento de las salas de bingo «Pegaso» y «Príncipe», de las que eran titulares las compañías «Cuatroeme» y «Febing», consistentes en la participación de estas empresas en el juego, a través de personas interpuestas.

En el mismo acto se decretó el precinto y el depósito de todos los elementos utilizados en las dos instalaciones para la práctica de juegos colectivos, decisión que, impugnada jurisdiccionalmente, resultó confirmada. Tales medidas cautelares se ejecutaron a las 18.00 horas del mismo 15 de septiembre, en presencia de la clientela, acontecimiento que tuvo repercusión en los medios de comunicación; el cierre se mantuvo hasta el día 27 del mismo mes.

Ambos expedientes sancionadores terminaron con la imposición de sendas sanciones pecuniarias de cinco millones de pesetas (30.050,61 euros), que, recurridas en la vía contencioso-administrativa, fueron anuladas, por no haberse acreditado los cargos en los que se fundaban, en sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo números 4 y 21 de Madrid, confirmadas en apelación por las Secciones 8ª y 9ª del Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad Autónoma. La sentencia de la Sección 9ª, ratificando la del Juzgado número 4, que había anulado la sanción infligida a «Febing», se notificó el 9 de enero de 2003 , mientras que la relativa a «Cuatroeme», dictada por la Sección 8ª, que avaló la del Juzgado número 21, lo fue el 10 de marzo siguiente.

A la vista de los anteriores hechos, las empresas demandantes presentaron el 7 de abril del mismo año una reclamación de responsabilidad por los daños y perjuicios que se les ocasionaron como consecuencia del cierre cautelar del negocio durante doce días, de la reducción del nivel de ventas y, sobre todo, de la pérdida del número de clientes que habitualmente asistían a sus establecimientos, nivel que no han vuelto a recuperar, creándose una situación que el tiempo demuestra irreversible. También reclamaron por los daños morales concretados en la pérdida de imagen.

En estas circunstancias, resulta evidente que la acción no estaba prescrita.

En efecto, la parte demandante vincula los daños y perjuicios cuya reparación reclama al cierre cautelar de las dos salas de bingo y a las secuelas en su crédito y en el de las empresas que las gerencian, con la consecuente disminución de actividad. Esas medidas precautorias habrían resultado indebidas y desproporcionadas, como lo demuestra la ulterior anulación en la vía contencioso-administrativa de las sanciones en cuyo procedimiento de imposición se adoptaron. Siendo así, parece evidente que el daño, según se dice antijurídico, se manifestó en toda su extensión cuando la jurisdicción pronunció su última palabra sobre la ilegalidad de las sanciones y su obligada anulación, momento en el que arrancó el cómputo del plazo de prescripción de un año dispuesto para el ejercicio de la acción por el artículo 142, apartado 5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (BOE de 27 de noviembre). Habida cuenta de que las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid fueron notificadas los días 9 de enero y 10 de marzo de 2003, el 7 de abril siguiente la acción para reclamar aún estaba viva.

No puede ser de otra forma ya que, con arreglo a un criterio jurisprudencial bien asentado [véanse las sentencias de 22 de febrero de 1993 (apelación 10161/90, FJ 1º); 18 de abril de 2000 (casación 1472/96, FJ 6º); 27 de febrero de 2001 (casación 7251/96, FJ 3º); y 9 de abril de 2007 (casación 149/03, FJ 4º)], en virtud del principio actio nata (nacimiento de la acción) el cómputo para su ejercicio sólo puede comenzar si se conocen con plenitud los aspectos de índole fáctica y jurídica que constituyen presupuestos para determinar su alcance, esto es, cuando se manifiestan al afectado en su precisa dimensión los dos elementos del concepto de lesión: el daño y la comprobación de su ilegitimidad. Esta tesitura, en un caso como el actual, no tuvo lugar sino cuando se notificaron a las empresas recurrentes (véase la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de enero de 2000, Miragall Escolano y otros contra España, apartado 36) los pronunciamientos jurisdiccionales que, de manera definitiva y firme, declararon que las sanciones impuestas eran disconformes con el ordenamiento jurídico.

QUINTO.- Una vez comprobado que la acción para exigir la responsabilidad no se había extinguido cuando «Cuatroeme» y sus colitigantes instaron la reclamación, queda por saber si, como sostiene la Administración, la lesión que se les causó no era antijurídica por estar dicha empresas obligadas a soportar el daño.

Podemos ahorrarnos la reproducción de nuestra jurisprudencia sobre la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y sobre los requisitos que han de confluir para su exigibilidad, que las partes conocen muy bien habida cuenta del contenido de sus escritos. Bastará con centrarnos en la noción de «lesión resarcible».

En nuestra indagación, dado que nos encontramos ante una reclamación para compensar los daños y perjuicios derivados de un cierre cautelar producido en el seno de unos procedimientos sancionadores que desembocaron en la imposición de unas sanciones anuladas en sede jurisdiccional, debemos precisar que esas medidas precautorias, aunque separadamente recurribles (y así lo fueron en el caso debatido), carecen de existencia autónoma. Sólo tienen razón de ser si se enderezan a asegurar la efectividad de una resolución definitiva (en este caso sancionatoria), a cuyas resultas se encuentran indefectiblemente vinculadas. De este

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

modo, revocadas las multas impuestas, las medidas cautelares pierden toda justificación, con independencia de su intrínseca legitimidad [sentencia de 18 de diciembre de 2000 (casación 8669/96, FJ 5º)].

Hecha la anterior precisión, se ha de tomar como punto de partida la idea, presente en el artículo 142, apartado 4, de la Ley 30/1992 , heredada del artículo 40, apartado 2, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957 (BOE de 31 de julio de 1957), de que la anulación en la vía administrativa o jurisdiccional de un acto o de una disposición de la Administración no presupone el derecho a indemnización, lo que implica tanto como decir que habrá lugar a ella cuando se cumplan los requisitos precisos. Hay que rechazar, pues, las tesis maximalistas de cualquier signo, tanto las que defienden que no cabe nunca derivar la responsabilidad patrimonial de la Administración autora de un acto anulado como las que sostienen su existencia en todo caso [véanse las sentencias de esta Sala de 18 de diciembre de 2000, ya citada, FJ 2º; 5 de febrero de 1996, (casación 2034/93, FJ2º); y 14 de julio de 2008 (casación para la unificación de doctrina 289/07, FJ 3º)].

En esta tesitura, como hemos subrayado en la citada sentencia de 14 de julio de 2008 (FJ 4º) y en la de 22 de septiembre del mismo año (casación para la unificación de doctrina 324/07, FJ 3º), 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. Decíamos entonces que 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)].

Ahora bien, 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).

SEXTO.- Pues bien, la imposición de medidas cautelares en el seno de un procedimiento sancionador no es discrecional, pese a que las propias empresas recurrentes entiendan lo contrario. Con su aplicación se trata de asegurar la eficacia de la resolución final que pudiera recaer, según reza el artículos 136 de la Ley 30/1992 y reproduce con mayor precisión el 15 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (BOE de 9 de agosto), donde se puede leer que para su aprobación se han de tener en cuenta también el buen fin del procedimiento, la necesidad de evitar que se mantengan los efectos de la sanción y las exigencias de los intereses generales (apartado 1), debiendo ajustarse a la intensidad, a la proporcionalidad y a las necesidades de los objetivos que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto (apartado 2). Estas previsiones reglamentarias, a cuyo espíritu responde el artículo 8 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 77/1993, de 26 de agosto (BOE de 21 de octubre), ponen de manifiesto que al aplicar medidas provisionales la Administración no dispone de un margen de apreciación que le permita optar entre distintas

opciones, todas igualmente justas y admisibles para el ordenamiento jurídico, sino que debe buscar la solución adecuada para el lance concreto, a la vista de la finalidad perseguida y de las circunstancias concurrentes. No actúa, pues, una potestad discrecional sino otra reglada, dirigiéndose hacia la única meta pertinente en atención a las singularidades del supuesto, orientándose con las pautas que le proporcionan los principios de proporcionalidad y de equidad, a fin de evitar, tal y como recuerda el artículo 72, apartado 2, de la Ley 30/1992 , causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados.

Dichos principios no sólo operan al tiempo de optar entre el catálogo de medidas cautelares previsto por el legislador, sino que también han de inspirar la actuación administrativa que se desenvuelva para aplicar la que se elija, de modo que se ponga en marcha sin causar al destinatario más inconvenientes que los estrictamente necesarios para garantizar las finalidades a las que tendencialmente se ordena.

Pues bien, se ha de tener en cuenta que en el actual caso se decretó, como medida precautoria, el precinto de todos los elementos de juego, providencia que, en la práctica, supuso el cierre de las dos salas de bingo en el seno de sendos procedimientos sancionadores que, después, desembocaron en la imposición de sanciones pecuniarias, por rebajarse la inicial imputación de faltas muy graves a simplemente graves. Este desajuste, que pone de manifiesto que las cautelas decretadas eran innecesarias para salvaguardar la decisión final, constituye ya un indicio de desproporción que hace pensar en una inadecuada actuación administrativa. Esta apreciación no queda desvirtuada por la circunstancia de que existiesen diversos informes policiales en los que se aludía a la eventual comisión de las infracciones denunciadas y que, al parecer, justificaron la adopción de tan drásticas medidas provisionales, porque, con independencia de tratarse de meras notas informativas, de ninguna de ellas se deduce la perpetración, ni siquiera indiciaria, de tales contravenciones, salvo la alusión a alguna denuncia formulada por particulares, como después apreciaron los tribunales que enjuiciaron y anularon las sanciones impuestas por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Es suma, se acordó impedir de forma cautelar el desarrollo del juego de bingo en la dos salas para asegurar la resultas de unas sanciones que no llevaron aparejadas tamañas consecuencias y que, a la postre, acabaron siendo revocadas por inexistencia de prueba de cargo. Así pues, otro indicio más de la desmesura de las medidas.

La falta de correspondencia entre los medios cautelares desenvueltos y el desenlace final del procedimiento no sólo se pone de manifiesto en su elección sino también en el modo en que se aplicaron, pues parece evidente que, decretado el 15 de septiembre de 2000 el precinto de los instrumentos y materiales de juego en las dos salas, no resultaba imprescindible proceder a su puesta en práctica mediante la irrupción de las fuerzas policiales en los locales en plena sesión y en presencia de los clientes, pudiendo hacerse ese mismo día en otras circunstancias menos gravosas para los afectados.

A juicio de la Sala, que en este punto coincide con el de las empresas recurrentes, las cautelas controvertidas resultaron desmedidas, tanto en su contenido como en su forma de aplicación. Esta apreciación justifica la afirmación de que dichas empresas no se encuentran jurídicamente obligadas a soportar el daño que pueda haberles ocasionados la actuación administrativa, pues la solución adoptada no se ha producido dentro de los márgenes razonables en los que debe transitar una organización llamada a satisfacer los intereses generales con eficacia pero también con objetividad (artículo 103, apartado 1 , de la Constitución). En suma, nos encontramos ante una lesión antijurídica, por lo que aquellas entidades no están compelidas a arrostrar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico se derivan de la descrita actuación administrativa.

En ocasiones anteriores y para supuestos semejantes hemos seguido el mismo criterio. Así, en la sentencia de 10 de febrero de 1998 (casación 496/97), declaramos la responsabilidad patrimonial de la Administración por el cierre cautelar de una sala de bingo en el seno de un procedimiento sancionador en el que se impuso una sanción después anulada en sentencia firme. Otro tanto hicimos en la sentencia de 22 de febrero de 1993 , ya referenciada, en relación con la suspensión de los efectos de una licencia municipal de obras revocada en la vía jurisdiccional. La sentencia de 18 de abril de 2000 , también reseñada, avaló una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha que decretó la responsabilidad administrativa por la clausura de un local en el que el reclamante ejercía su profesión de estomatólogo, medida administrativa que fue anulada por los tribunales de esta jurisdicción. En fin, en la de 18 de diciembre de 2000, igualmente citada, llegamos a la misma conclusión para el caso del precinto provisional y posterior sanción de cierre temporal de una discoteca.

SÉPTIMO.- Comprobada la existencia de una actuación administrativa que ha causado una lesión antijurídica, nos queda por desentrañar si es resarcible por irrogar a las demandantes daños y perjuicios individualizados, ciertos, reales y efectivos, así como determinables, existiendo el irrenunciable nexo causal entre aquella actuación y estos detrimentos.

«Cuatroeme» y sus colitigantes reclaman por cuatro conceptos: (1) la pérdida del margen operacional del 12 por 100 de las ventas brutas entre los días 15 a 27 de septiembre de 2000, en las salas de bingo «Pegaso» y «Príncipe»; (2) las menores ganancias derivadas de la disminución de la clientela en las mencionadas

salas entre la reapertura el 28 de septiembre de 2000 y la fecha en que fue presentada la reclamación de responsabilidad patrimonial (7 de abril de 2003); (3) el lucro cesante consecuencia de la minoración de actividad en otras salas del «Grupo Ballesteros» («Claridge», «América», «Villaverde» y «Riojano»); y (4) el daño moral por la pérdida de imagen del grupo empresarial.

De esos cuatro conceptos, a juicio de esta Sala, únicamente resulta procedente el primero, cuya condición de secuela del indebido cierre provisional de las salas «Pegaso» y «Príncipe» resulta incuestionable y notoria. Más adelante nos detendremos en su cuantificación. Los otros tres están fuera de lugar, por las razones que pasamos a exponer, no sin antes precisar que el dictamen elaborado por el catedrático de economía financiera y contabilidad don Leandro Cañibano, que las empresas recurrentes aportaron con la demanda, adolece de una tacha original que le priva de la imprescindible fuerza de convicción, consistente en no dar debida cuenta de los datos que maneja. Dicho profesor utiliza, en un documento realmente bien configurado, unos parámetros cuyo origen silencia, sin suministrar el acervo documental que le ha servido para sentar sus conclusiones. En esta tesitura, su fuerza de convicción, que hemos de apreciar según las reglas de la sana crítica [artículo 348 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (BOE de 8 de enero)], resulta escasa, pues, como hemos afirmado en otras ocasiones [sentencias de 16 de junio (casación 429/05, FJ 2º B); 6 de octubre (casación 6168/07, FJ 3º); 17 de noviembre (casación 5709/07, FJ 13º); y 1 de diciembre de 2008 (casación 5033/05, FJ 4º)], un informe pericial no razonado, que no da cuenta de la información que maneja, ha de estimarse como una mera opinión, pues, en definitiva, su fuerza probatoria reside no tanto en la condición, categoría o número de sus autores como en su mayor o menor fundamentación o razón de ciencia.

Pues bien, sentado lo anterior, hemos de precisar que el concepto que hemos identificado bajo el número (2) carece de la debida acreditación, pues las demandantes no sólo no han probado, ni siquiera lo han intentado, que tras la reapertura de las salas el 28 de septiembre de 2000, y hasta el 7 de abril de 2003, se produjera una disminución de la clientela imputable al cierre cautelar. En su solicitud de recibimiento a prueba, denegada por la Sala de instancia y cuya negativa consintieron las actoras, no mencionaron, a la hora de fijar los puntos de hechos sobre los que la prueba habría de versar (artículo 60, apartado 1, de la Ley 29/1998), esa merma de clientela, haciendo simplemente una genérica alusión al «control del volumen y asistencia» a los locales y a la prueba «adecuada para contrastar medios de valoración del daño y cuantificación de la indemnización solicitada». Por otro lado, el señor Cañibano hace supuesto de la cuestión y, en su dictamen, indica, sin más, que tras la reapertura las ventas no continuaron como si nada hubiera pasado, atribuyendo automáticamente el descenso de operaciones al cierre administrativo. Con este bagaje, la Sala no puede estimar acreditada la realidad de los daños que se agrupan bajo este concepto indemnizatorio.

En lo que se refiere al lucro cesante por la mengua de actividad en los otros establecimientos del grupo empresarial y al daño moral causado a este último, se parte de una hipótesis en absoluto justificada, pues se da por supuesto que la clientela habitual de estos centros lúdicos conoce el entramado interno de la organización empresarial que los gerencia y sabe que las empresas titulares de los bingos «Príncipe» y «Pegaso» pertenecen al mismo propietario que las salas «Claridge», «América», «Villaverde» y «Riojano». No es tan evidente, como se dice, que la clausura temporal de aquellas dos haya influido en el quebranto de actividad de estas cuatro, causando al grupo empresarial un daño en su imagen que deba resarcirse. Son reproducibles en este punto las reflexiones que hemos expuesto en el párrafo anterior sobre la falta de prueba.

Así pues, el único concepto resarcible consiste en las pérdidas o las ganancias dejadas de percibir por el cierre cautelar entre el 15 (a las seis de la tarde) y el 27 de septiembre de 2000, cuyo importe se precisará en la fase de ejecución de sentencia atendiendo a la media aritmética de los beneficios declarados por el grupo empresarial en el impuesto sobre sociedades de los dos ejercicios anteriores (1998 y 1999), teniendo en cuenta, en la medida de lo posible, los datos relativos a la segunda quincena del mes de septiembre de ambos periodos.

La suma que así se obtenga, referida al año 2000, deberá incrementarse desde entonces hasta su total pago con el interés legal del dinero, cantidad que también devengará a partir de la notificación de esta sentencia ese interés legal, con arreglo al artículo 106, apartado 2, de la Ley reguladora de esta jurisdicción.

Por consiguiente, actuando como jueces de la instancia, (a) estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por las sociedades anónimas «Cuatroeme», «Febing», «Bingo Riojano», «Elope» y «Garmi» contra la desestimación presunta, después expresa, de la solicitud que dedujeron el 7 de abril de 2000 para resarcirse de los daños y perjuicios que les irrogó el cierre cautelar de las salas de bingo «Príncipe» y «Pegaso» entre las 18.00 horas del 15 de septiembre de 2000 y el siguiente día 27 del mismo mes, (b) anulamos dicho acto administrativo y, en su lugar, (c) reconocemos el derecho del grupo empresarial demandante a ser indemnizado conforme a lo dispuestos en los párrafos sexto y séptimo de este fundamento.

OCTAVO.- La estimación del recurso de casación determina, en aplicación del artículo 139, apartado 2, de la Ley reguladora de esta jurisdicción, que no proceda hacer un especial pronunciamiento en cuanto a las costas

causadas en su tramitación, sin que, en virtud del apartado 1 del mismo precepto, se aprecien circunstancias de mala fe o de temeridad que obliguen a imponer expresamente a una de las partes las costas de la instancia.

FALLAMOS

Ha lugar al recurso de casación 1887/07, interpuesto por la representación procesal de las sociedades anónimas CUATROEME, FEBING, BINGO RIOJANO, ELOPE y GARMI (GRUPO BALLESTEROS) contra la sentencia dictada el 14 de febrero de 2007 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 8ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso 64/04 , que casamos y anulamos.

En su lugar, estimando en parte el recurso contencioso-administrativo promovido por las citadas compañías:

1) Anulamos la desestimación presunta, después expresa, de la solicitud que dedujeron el 7 de abril de 2000 para resarcirse de los daños y perjuicios que les irrogó el cierre cautelar de las salas de bingo «Príncipe» y «Pegaso» entre las 18.00 horas del 15 de septiembre de 2000 y el siguiente día 27 del mismo mes.

2) Reconocemos su derecho a ser indemnizadas, por las ganancias dejadas de percibir durante el mencionado periodo, conforme a los criterios expresados en los párrafos sexto y séptimo del penúltimo fundamento, indemnización que la Sala de instancia determinará en ejecución de esta sentencia.

3) No hacemos especial pronunciamiento sobre las costas causadas, tanto en la instancia como en casación.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ