

## **La Administración puede tramitar un procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad de pleno derecho de una autorización administrativa obtenida mediante silencio positivo confirmado por una sentencia firme**

**Se examina por la Sala si la Administración puede tramitar un procedimiento de revisión de oficio tendente a declarar la nulidad de pleno derecho de una autorización administrativa obtenida mediante un acto presunto positivo confirmado por una sentencia firme en aquellos casos en los que dicha resolución judicial se haya limitado a constatar la operatividad del silencio administrativo positivo sin analizar la cuestión de fondo.**

De la interpretación de los arts. 106 y 47.1 f) de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, puestos en relación con el art. 222 de la LEC sobre el alcance del efecto positivo de la cosa juzgada, el Tribunal llega a la conclusión de que, habiendo recaído sentencia firme que declara producido por silencio positivo un acto administrativo -en este caso, la autorización para la instalación de un salón de juegos- la revisión de oficio de dicho acto no resulta impedida por el efecto positivo de la cosa juzgada derivados de aquella sentencia cuando, como sucede en el supuesto examinado, la resolución judicial únicamente se pronunció en el sentido de afirmar que había operado el silencio positivo, sin haber entrado a examinar las posibles ilegalidades de fondo de las que pudiera estar aquejada la autorización obtenida por silencio.

### **TRIBUNAL SUPREMO**

#### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección 3.ª**

#### **Sentencia 143/2023, de 07 de febrero de 2023**

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 3435/2021

Ponente Excmo. Sr. EDUARDO CALVO ROJAS

En Madrid, a 7 de febrero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 3435/2021 interpuesto por la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS, representada y asistida por el Letrado de sus servicios jurídicos, por la entidad COMERCIAL JUPAMA, S.A. y por la ASOCIACIÓN DE JUEGOS Y APUESTAS DE CANARIAS, ambas representadas por la procuradora D.ª Carmen Paola Gómez y defendidas por el abogado D. Sergio Yanes Martín contra la sentencia de la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, de 17 de diciembre de 2020 (recurso contencioso-administrativo 355/2017). Ha comparecido como parte recurrida OPER CANARIOS, S.L., representada por el Procurador D. Julián Sanz Aragón.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La representación de Oper Canarios, S.L., interpuso recurso contencioso-administrativo contra "la desestimación presunta de la solicitud de apertura y funcionamiento de Salón Recreativo y de Juegos tipo-B en la calle Luis Doreste Silva, esquina calle Carvajal, de Las Palmas de Gran Canaria, que fue formulada por Oper Canarios, SL, el 19 de abril de 2017 y desestimada por la Viceconsejería

de Administraciones Públicas y Transparencia (Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad del Gobierno de Canarias), por aplicación del silencio administrativo negativo".

El recurso contencioso-administrativo fue estimado por sentencia de la Sección 1.<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, de 17 de diciembre de 2020 (recurso contencioso-administrativo 355/2017), en cuya parte dispositiva se establece

““ F A L L O

1.º.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad "Oper Canarias, S.L." contra la desestimación presunta de la solicitud deducida en abril de 2017, detallada en el primer antecedente de hecho de la presente sentencia.

2.º.- Reconocer el derecho de "Oper Canarias, S.L." a obtener de la Administración regional -de inmediato- las autorizaciones de apertura y funcionamiento del Salón Recreativo y de Juegos Tipo B para el local situado en la calle Luis Doreste Silva, esquina con calle Carvajal, de esta ciudad; con las consecuencias de toda índole legalmente inherentes a este pronunciamiento.

3.º.- Imponer las costas del recurso a la Administración demandada”“.

SEGUNDO.- La sentencia de la Sección 1.<sup>a</sup> de la Sala con sede en Las Palmas de Gran Canaria fundamenta la estimación del recurso contencioso-administrativo en las razones que se exponen en los fundamentos jurídicos primero a quinto de la sentencia, de los que reproducimos aquí los siguientes fragmentos:

““ PRIMERO.- [...]...

[...] la cuestión litigiosa se reduce, con acusada simplicidad, a determinar si la solicitud de apertura y funcionamiento deducida el 19 de abril de 2017 y que, debido a la falta de respuesta por la Administración, forzó a la interesada a formular la presente impugnación jurisdiccional, debió, o no, ser estimada.

Pues bien, partiendo de la base -crucial- que la solicitud en cuestión se produjo una vez comunicada a la Administración la firmeza de la sentencia de la Sala de Santa Cruz de Tenerife (pronunciada con fecha 17 de diciembre de 2012), que reconoció el derecho de la recurrente a la instalación del salón de juegos recreativos a que aquella solicitud venía referida, teniendo tal trascendental dato en cuenta, decíamos, es incuestionable que la única respuesta posible (ajustada a Derecho, naturalmente) al enunciado dilema debe ser afirmativa.

Ello, en virtud de dos razones muy simples:

1.- El carácter reglado -y no discrecional- de las autorizaciones de apertura y funcionamiento de Salas de Juegos, mediando aquí el cumplimiento por "Oper Canarias, S.L." de los requisitos meramente formales- con tal finalidad exigibles. Y

2.- La nulidad radical de toda actuación administrativa enderezada a contrariar lo ordenado en una resolución judicial firme.

Desarrollaremos ambos argumentos en los siguientes ordinales.

SEGUNDO.- Respecto a la primera de las cuestiones, dada la precisión y claridad con que es abordada en la demanda (incluyendo una suerte de preámbulo que, aunque en puridad innecesario, facilita, ciertamente, la comprensión mínima imprescindible del esquema jurídico que disciplina la materia que tratamos), no es preciso introduzca la Sala reflexiones ni razonamientos propios, en cuanto cabe tener por cumplida nuestra tarea copiando a la letra una parte de tales exactos y certeros argumentos expuestos en la demanda formalizada por la dirección letrada de la entidad recurrente.

Así, entre otras cosas, escribe al respecto el Sr. Letrado de "Oper Canarias, S.L.: [...]

[...]

TERCERO.- Profusamente argumentado el carácter reglado de la autorización a que este proceso se contrae (el cumplimiento por la actora de las formalidades conducentes a su obtención no es siquiera materia controvertida), en este segundo paso nos vemos forzados a dejar expresa constancia de algo que, por su elementalidad, no tendría que haber sido necesario, a saber: Las pegas relativas a la distancia del salón con centros docentes y reservas de similar naturaleza que, como eje del planteamiento obstaculizador de la solicitud formulada por la actora, han opuesto, tanto los órganos ejecutivos de la Administración -de modo exageradamente tardío y, consecuentemente, manifiestamente extemporáneo, dicho sea de paso-, como su representación procesal, no tienen cabida en este litigio, en cuanto asunto netamente inherente a la autorización para la instalación del salón de juegos, que, recordamos nuevamente, le fue concedida a la hoy actora por Sentencia cuya firmeza conocía la Administración cuando se formuló la solicitud de que trae causa este litigio.

CUARTO.- De conformidad con lo anteriormente expuesto, el planteamiento que late en la tesis patrocinada por la Administración comporta una flagrante vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE), en su vertiente de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, en relación con el principio de seguridad jurídica ( art. 9.3 CE), en cuanto postula o predica una suerte de procedimiento de ejecución contrario a los términos, claros y precisos, de la precitada Sentencia de 17 de septiembre de 2012, de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sede de Santa Cruz de Tenerife.

Así las cosas, ha de traerse a colación la doctrina sentada en la materia por el Tribunal Constitucional, que ha reiterado en, por ejemplo, su STC 22/2009, de 26 de enero, F.J. 2.º, que el derecho a la ejecución de Sentencias y demás resoluciones judiciales firmes constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto que garantía del cumplimiento de los mandatos que estas resoluciones judiciales contienen, lo que determina que este derecho tenga como presupuesto lógico y aun constitucional la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de las situaciones jurídicas por ellas declaradas.

Si el derecho a que la ejecución de lo juzgado se lleve a cabo en sus propios términos, es decir, con sujeción al principio de inmodificabilidad de lo juzgado, se traduce en un derecho que actúa como límite y fundamento que impide que los Jueces y Tribunales puedan revisar las Sentencias y demás resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos en la Ley, lógicamente, tal límite opera con mucha más intensidad cuando es la propia Administración que fue parte del litigio la que pretende convertir el derecho a la ejecución de Sentencias -que también forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva-, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen en meras declaraciones de intenciones y, por tanto, sin ningún contenido.

QUINTO.- Recuerde, en fin, la Administración demandada que, como potestad administrativa, la revisión de oficio (contemplada actualmente en el art. 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) es, ante todo, una manifestación extrema de la autotutela administrativa, y cuya finalidad no va más allá de permitir a la Administración ir contra sus propios actos cuando son nulos de pleno derecho. Precisamente, este grado máximo de ilegalidad (nulidad de pleno derecho) justifica esa potestad que se ejerce contra la estabilidad o seguridad jurídica y contra la firmeza de los actos declarativos de derechos. De ahí el carácter excepcional de la misma y la necesidad de su interpretación restrictiva tal y como ha declarado reiteradamente y desde antiguo, la jurisprudencia.

Así, por ejemplo, la STS de 20 de septiembre de 2011 subrayaba el carácter excepcional de esta facultad y la exigencia de su interpretación restrictiva y ligada a las causas de nulidad absoluta:

"Como tiene declarado la jurisprudencia, siendo el procedimiento especial de revisión de oficio el ejercicio de una facultad excepcional, exige que su interpretación sea restringida ( STS de 7 de junio de 1982) y además es claro que la solicitud de nulidad se liga taxativamente a alguna de las posibilidades que contempla el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, esto es nulidad de pleno derecho y no de cualquier otra infracción del Ordenamiento jurídico." Y, sobre todo, no pierda de vista la Administración que, en ningún caso, son susceptibles de revisión de oficio aquellos actos (menos aún la ausencia de acto, como aquí acontece), por intenso que sea el grado de nulidad radical de que puedan venir afectados, cuya validez haya sido enjuiciada y declarada por sentencia firme. Ello es así, simplemente, porque los efectos de la cosa juzgada justifican que no se admita la revisión de oficio.

Es cierto que en esta hipótesis (que, desde luego, ni de lejos concurre -ni se invoca- en el supuesto examinado) se contrapondrían el principio de seguridad jurídica, manifestado por el efecto y la fuerza de la cosa juzgada emanada de las sentencias firmes, y las razones de justicia dimanantes de la existencia de un motivo de nulidad de pleno derecho.

Pero incluso así, es decir, ante esa contraposición, la Jurisprudencia, desde antiguo, se ha decantado claramente a favor de la cosa juzgada, impidiendo la revisión de oficio de actos nulos sobre los que se haya dictado sentencia firme”“.

Por tales razones, la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, estima el recurso contencioso-administrativo en los términos que establece el fallo que antes hemos dejado transcrito.

TERCERO.- Notificada a las partes la sentencia, prepararon recurso de casación contra ella las representaciones procesales de la Comunidad Autónoma de Canarias, comercial Jupama, S.A. y la Asociación de Juegos y Apuestas de Canarias, siendo admitidos a trámite los recursos -tramitados conjuntamente como recurso de casación n.º 3435/2021- por auto de la Sección Primera de esta Sala de 19 de enero de 2022 en el que asimismo se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

En la parte dispositiva del auto de admisión se acuerda, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

““(…) 2.º/ Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en interpretar los artículos 106 y 47.1 f) de la Ley 39/2015, a fin de determinar, si la Administración puede tramitar un procedimiento de revisión de oficio tendente a declarar la nulidad de pleno derecho de una autorización administrativa obtenida mediante un acto presunto positivo confirmado por una sentencia firme en aquellos casos en los que dicha resolución judicial se haya limitado a constatar la operatividad del silencio administrativo positivo sin analizar la cuestión de fondo.

3.º/ Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, los artículos 106 y 47.1.f) de la Ley 39/2015, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras cuestiones o normas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso”“.

CUARTO.- La representación procesal de la Comunidad Autónoma de Canarias formalizó la interposición del recurso de casación mediante escrito de fecha 7 de marzo de 2022 en el que expone, en síntesis, lo siguiente:

\* La cuestión que subyace es la de una autorización de instalación de un establecimiento de juego, que ha sido obtenida a través de un acto presunto positivo, el cual ha sido confirmado por sentencia firme que se limitó a constatar el despliegue de los efectos del instituto del silencio administrativo, sin analizar si la solicitante cumplía con todos los requisitos exigidos por la ley para la obtención del permiso pretendido. Constatado por la Administración el incumplimiento de un requisito esencial

obstativo de la autorización de instalación del establecimiento de juego, cual es la vulneración de la zona de influencia respecto a centros docentes, se procedió a su revisión de oficio, al amparo de los artículos 106.1 de la Ley 39/2015 y 62.1.f) de la Ley 30/1992, tendente a declarar la nulidad de pleno derecho del acto presunto.

\* Para la adecuada resolución de la cuestión suscitada en la presente casación ha de partirse del hecho de que en el caso resuelto por la sentencia de 17 de septiembre de 2012 (Sala de Tenerife, recurso 31/2007) lo que se discutió fue la existencia de un silencio administrativo y los efectos que de él se derivan. Dicho de otro modo, la pretensión principal de Oper Canarias, S.L. en aquél procedimiento y sobre la única que se pronunció la sentencia, no era la del reconocimiento del derecho a la instalación de un salón recreativo y de juegos, por reunir los requisitos exigidos para ello, sino la de la declaración de la producción de un silencio positivo, por el transcurso del plazo legalmente establecido sin haberse dictado resolución expresa.

\* Si bien la sentencia de 17 de septiembre de 2012 reconoce expresamente el derecho del particular a lo solicitado, en realidad, se limita a declarar el efecto producido por el silencio, es decir, a declarar la existencia de un acto presunto, pero en modo alguno entra a analizar si "Oper Canarias, S.L." tiene o no derecho desde una perspectiva de fondo, es decir, por reunir los requisitos legales para ello. Hubiera sido deseable que la referida resolución judicial recogiera en el fallo que quedaban a salvo las acciones de revisión que corresponden a la Administración, en caso de que el acto presunto resultara ser contrario a derecho. Ello no es óbice para adoptar una interpretación del alcance del fallo a la luz de la fundamentación jurídica de la sentencia y concluir que, al no haber adentrado la sentencia en el fondo del asunto, las facultades y acciones de revisión y la defensa de la legalidad y el interés general quedan intactas.

\* Tampoco puede surtir efectos la fuerza de la cosa juzgada emanada de sentencias firmes, a la que alude la sentencia recurrida. Como viene sosteniendo la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas la sentencia de 27 de julio de 2020 (casación 899/2019), "*la cosa juzgada material es el efecto procesal que producen, exclusivamente, las sentencias firmes estimatorias o desestimatorias -pero no todas-, y que se traduce en su invariabilidad y permanencia en el tiempo, impidiendo un proceso posterior sobre el mismo objeto (efecto negativo), con identidad de sujetos y causa de pedir (inatacabilidad indirecta del resultado procesal), y/o, operando como antecedente lógico de otro proceso posterior (efecto positivo de la cosa juzgada material), siempre que los litigantes sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal"*).

En el caso que nos ocupa no existe identidad de objeto. El procedimiento sobre el que se dictó la sentencia de la Sala de Tenerife de 17 de septiembre de 2012 tenía por objeto únicamente enjuiciar si se han cumplido los requisitos exigidos por la Ley para que despliegue sus efectos el silencio administrativo positivo; y se concluyó en dicha sentencia que "el transcurso del plazo para resolver la solicitud produjo por si mismo un acto presunto de contenido positivo". El procedimiento que culmina con la sentencia aquí recurrida tiene un objeto diferente que consiste en dilucidar si es ajustado a derecho el proceder de la Administración al tramitar procedimiento de revisión de oficio de una autorización obtenida por silencio administrativo. Por ello, no cabe hablar de cosa juzgada material.

\* La aplicación sistemática de los artículos 106.1 y 47.1.f) de la Ley 39/2015, puestos en relación con los artículos 9. 3 y 24.1 de la Constitución, 103. 4 de la LJCA y 222 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil permite sostener que el hecho de que una autorización de instalación de un establecimiento de juego se haya obtenido a través de un acto presunto positivo confirmado por una sentencia firme, y que dicha resolución judicial se limite a constatar la operatividad del silencio administrativo positivo sin analizar la cuestión de fondo, no impide que la Administración actuante pueda tramitar un procedimiento de revisión de oficio dirigido a declarar la nulidad de pleno derecho

del acto presunto reconocido por sentencia, si este proceder se sustenta en motivos diferentes de los que sustentan la *ratio decidendi* de aquella sentencia.

\* Es más, los actos administrativos que deriven de ese procedimiento de revisión de oficio no son, con carácter general, susceptibles de ser subsumidos en el supuesto de hecho previsto en el artículo 103.4 de la LJCA (nulidad radical de los actos contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento) y tampoco comportan una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ( artículo 24. 1 de la Constitución) en su vertiente de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, en relación con el principio de seguridad jurídica ( artículo 9. 3 de la Constitución). Ello es así toda vez que el acto presunto objeto de revisión no está protegido por el efecto de cosa juzgada ( artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) de la sentencia que declaró su operatividad, porque esta última no se pronuncia sobre su legalidad, esto es, porque ha quedado imprejuizado el fondo del asunto.

\* Partiendo de que lo reconocido por la sentencia de 17 de septiembre de 2012 de la Sala de Tenerife es la declaración del efecto producido por el silencio, es decir, la existencia de un acto presunto de signo positivo, nada obsta para que la Administración pueda proceder a su revisión, a fin de determinar si concurren causas determinantes de su nulidad o anulabilidad. Así lo ha venido reconociendo una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se citan SsTS de 27 de abril de 2007 (casación 10133/2003), 19 de marzo de 2018 (casación 3388/2015) y 14 de diciembre de 2020 (casación 7929/2019), en las que se declara que una vez operado el silencio positivo, la Administración no puede efectuar un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto y dictar un acto expreso que lo contradiga sino que para revisar y dejar sin efecto aquel acto presunto nulo o anulable debe seguir los procedimientos de revisión de o instar la declaración de lesividad.

Termina el escrito solicitando que, con estimación del recurso, se case y anule la sentencia recurrida, con la consiguiente confirmación del acto administrativo impugnado, y fijando la doctrina por la que se declare que conforme a los artículos 106 y 47.1.f) de la Ley 39/2015 es viable la revisión de oficio en vía administrativa de una autorización administrativa obtenida mediante acto presunto positivo, confirmado por sentencia firme, en aquellos casos en los que la resolución judicial se haya limitado a constatar la operatividad del silencio administrativo positivo sin analizar la cuestión de fondo.

QUINTO.- La representación procesal de Comercial Jupama, S.A. y de la Asociación de Juegos y Apuestas de Canarias formalizó la interposición del recurso de ambas entidades mediante sendos escritos de igual contenido fechados a 11 de marzo de 2022 en los que, dicho aquí en forma resumida, ambas partes recurrentes esgrimen los siguientes motivos de impugnación:

A/ Infracción del artículo del artículo 47.1 f) de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

\* La sentencia recurrida quebranta el citado artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015 (" Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: (...) f) *Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición*), por fundamentar la admisibilidad de la autorización de apertura y funcionamiento del Salón en el carácter reglado y no discrecional de su otorgamiento, y en la nulidad radical de toda actuación administrativa dirigida a contrariar lo ordenado en una resolución judicial firme como es la sentencia 17 de septiembre de 2012 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife que reconoció a Oper Canarias S.L. la autorización a la instalación del salón de juegos por silencio positivo.

\* El razonamiento de la sentencia se sustenta en que la Administración no puede discutir una decisión judicial precedente por suponer una flagrante vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, y en relación con el principio de

seguridad jurídica. De este modo, la sentencia objeto del presente recurso de casación considera que no es posible reconocer la potestad de administrativa para revisar un acto nulo de derecho al amparo de la STC 22/2009 de 26 de enero, que reitera la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de las situaciones jurídicas por ellas declaradas.

\* No cabe duda de que la concesión de la autorización de apertura y funcionamiento del Salón se ampara en una interpretación errónea del artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015 al sostener que la firmeza de la sentencia de 17 de septiembre de 2012 impide la revisión de oficio del acto nulo concedido por silencio positivo. Una cosa es que la sentencia de 17 de septiembre de 2012 reconozca a Oper Canarias S.L. el derecho a obtener la autorización de instalación de un Salón de Juegos Recreativos por no haber resuelto la Administración su solicitud en el plazo del mes previsto en el artículo 50.5 del Decreto 162/2001, y otra bien distinta es que la normativa sectorial, que regula la distancia mínima que debe mediar entre los establecimientos de juego y los centros de enseñanza, no le sea de aplicación al local como uno de los requisitos esenciales para conceder la autorización que habilite su apertura y funcionamiento. La sentencia de 17 de septiembre de 2012 se basó exclusivamente en el transcurso del plazo previsto en la ley para producir un acto presunto de contenido positivo, pero dejó imprejuizada la aplicación de la normativa que regula la distancia mínima que debe mediar entre los establecimientos de juego y los centros de enseñanza. Así se recoge, expresamente, en el fundamento de derecho segundo de la sentencia de 17 de septiembre de 2012 que reconoce la innecesidad de debatir sobre cualquier cuestión que no fuera la del silencio positivo. Dice así la sentencia: "*Es decir, no importa ahora para la excluir el silencio positivo la oposición frontal entre lo solicitado y el Derecho, que es, muy resumidamente, el contenido de la doctrina jurisprudencial de siempre, sino que sin norma de rango de Ley o del Derecho Comunitario que expresamente excluya el silencio positivo en la materia sobre la que veras la solicitud se producirá indefectiblemente un acto presunto positivo (en este mismo sentido, se ha pronunciado en un caso idéntico la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Las Palmas de Gran Canaria, sentencia de 21 de noviembre de 2008, rec. 463/2006). Por tanto, la estimación de la principal de las pretensiones deducidas hace innecesario el examen de las demás cuestiones planteadas en la demanda*".

\* En definitiva, la sentencia recurrida yerra cuando su *ratio decidendi* se fundamenta en que la Administración no puede instar la nulidad de aquellos actos cuya validez haya sido enjuiciada y declarada por sentencia firme, puesto que, en el presente caso, es un hecho notorio que la sentencia de 17 de septiembre de 2012 nunca se pronunció sobre la cuestión de fondo pretendida, ya que no discutió la vigencia de las disposiciones generales que regulan las limitaciones relacionadas con la instalación del local de juego, con respecto a su proximidad o "zona de influencia" a colegios o centros de atención a menores.

Por consiguiente, la actuación posterior de la Administración denegando la autorización de apertura y funcionamiento, no tiene la finalidad de eludir el cumplimiento de lo resuelto en sentencia (reconocimiento de los efectos positivos del silencio) sino que constituye la manifestación legítima del ejercicio de la potestad reconocida en el artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante la vulneración por parte de Oper Canarias S.L. de un requisito esencial para su concesión, y que consiste en el incumplimiento, flagrante y notorio, de las distancias legalmente exigidas al Salón Recreativo respecto a varios colegios y centros de enseñanza.

El razonamiento expuesto queda confirmado por la sentencia de 19 de mayo de 2020 de la Sección Primera del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (procedimiento ordinario 178/2020), que deniega la autorización de apertura y funcionamiento al mismo Salón ubicado en la c/ Luis Doreste Silva esquina c/ Carvajal de Las Palmas de Gran Canaria por quebrantar la zona de influencia respecto a los centros de enseñanza más cercanos, pese a la existencia previa de la Autorización de Instalación obtenida por Sentencia firme por silencio positivo. Esta sentencia se dictó en relación al mismo

expediente administrativo, con la única diferencia que en el presente caso se interpuso contra una desestimación presunta, y en el otro procedimiento Contencioso Administrativo se interpuso contra una resolución expresa desestimatoria respecto a la misma causa de pedir, existiendo por ello una identidad sustancial entre ambos, si bien, la sentencia de 19 de mayo de 2020, además de ser anterior en el tiempo, es firme, y no deja lugar a dudas de que el mismo local de juego se encuentra a una distancia inferior de los 300 y 500 metros de varios centros de enseñanza cuando de manera clara y tajante dice: *"Es indiscutible que el centro de educación infantil y primaria Nanda Cambres, antiguo CEIP Suárez Naranjo, está situado en el área de influencia del establecimiento pretendido por la actora conforme a la normativa vigente al tiempo de la solicitud de autorización de instalación de salón recreativo, en el año 2006."*

Y de igual forma, no podemos dejar de mencionar las sentencias de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 14 de abril de 2020 (procedimiento ordinario 170/2018) y 13 de septiembre de 2019 (procedimiento ordinario 339/2017). Ambas sentencias examinan un caso idéntico al actual, y desestiman el recurso interpuesto también por Oper Canarias S.L. contra la desestimación presunta de la solicitud de apertura y funcionamiento de otro Salón Recreativo tipo B, sito también en Las Palmas de Gran Canaria, al concluir que la autorización de apertura y funcionamiento no puede otorgarse por incumplir las distancias preexistentes a los centros de enseñanza, pese al hecho de haber obtenido, previamente, la autorización de instalación por silencio positivo, por lo que estima conforme a derecho la inadmisión por la Administración de la petición de apertura y funcionamiento del Salón Recreativo.

Por consiguiente, siendo el motivo esgrimido en la Sentencia impugnada que la obtención por silencio positivo de la autorización de instalación implica ineludiblemente el derecho a obtener la autorización de apertura y funcionamiento, sin atender a la obligatoriedad previa de observar uno de los requisitos esenciales para su concesión (no respetar las distancias mínima a centros de enseñanzas), y que carece del efecto de cosa juzgada, es por lo que procede estimar el recurso de casación.

B/ Infracción del artículo 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

\* No cabe duda de que la aplicación correcta del citado artículo 106.1 de la Ley 39/2015 posibilita a la Administración a actuar en relación a actos presuntos nulos de pleno derecho que no hayan sido prejuzgados, pese a existir un silencio positivo previo recogido en sentencia, por lo que es factible y conforme a derecho que la Administración pueda instar las revisiones de oficio oportunas.

La sentencia recurrida vulnera dicho artículo al sostener que la Administración no se encuentra habilitada para suspender o anular la autorización de instalación concedida por silencio positivo al encontrarse protegida por el principio de cosa juzgada material e intangibilidad de las sentencias firmes. Dicho argumento resulta incompatible con la facultad reconocida en el artículo 106.1 de la Ley 39/2015, pues la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria que se recurre niega a la Administración la posibilidad de instar la revisión de oficio, en cualquier momento, de aquellos actos nulos que no hayan sido prejuzgados por Sentencia firme.

\* La Orden del Consejero de Presidencia, Justicia e Igualdad de 21 de diciembre de 2017 que inicia el expediente de revisión de oficio es absolutamente compatible con el principio de cosa juzgada, toda vez que la sentencia de 17 de diciembre de 2012 se limita a reconocer un acto presunto estimatorio por el transcurso del plazo para resolver, sin analizar la legalidad intrínseca de lo concedido por el acto presunto. Ello habilita a la Administración para promover la revisión de oficio de lo alcanzado por silencio positivo, y no implica que se haya alterado el contenido y el acatamiento de la resolución judicial como erróneamente afirma la sentencia que se recurre. Y, de hecho, la Administración, finalmente, ha dictado la Orden n.º 194/2020 del Consejero de Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad del Gobierno de Canarias, de 6 de noviembre de 2020, por la que se declara la nulidad de



pleno derecho de la autorización de instalación del Salón Recreativo objeto del presente recurso por lo que, careciendo de dicha autorización, no resulta posible conceder la posterior autorización de apertura y funcionamiento.

\* El principio de cosa juzgada no es aplicable en este caso pues dicho principio solo se activaría si el asunto suscitado en un proceso ha sido definitivamente enjuiciado y resuelto en otro anterior, pero no cuando, como es el caso, el procedimiento de revisión de oficio se dirige contra los actos presuntos que no están protegidos por el efecto de cosa juzgada porque la sentencia no se pronunció sobre su legalidad. Ello permite a la Administración, en el presente caso, la utilización del procedimiento de revisión de oficio por incumplir el Salón de Juego la distancia mínima exigida respecto a varios centros de enseñanza, resultando así conforme a derecho la negativa de autorizar su apertura y funcionamiento por quebrantar un presupuesto ineludible para su concesión que, como es notorio, tiene como principal finalidad la protección del menor y el cumplimiento del principio de juego responsable.

C/ Infracción de la jurisprudencia aplicable para resolver la cuestión objeto de debate.

\* La sentencia recurrida no ha tenido en consideración, e infringe, la doctrina recogida en las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia de 10 de julio de 2019 y de Murcia de 31 de mayo de 2011 en relación con las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2020, 19 de julio de 2016, 29 de octubre de 2015 y 27 de abril de 2007 que coinciden en reconocer a la Administración la posibilidad de iniciar revisiones de oficio en relación a actos presuntos nulos de pleno derecho, pese a existir un silencio positivo recogido en sentencia, cuando no se haya prejuzgado la cuestión de fondo, por lo que es factible que la Administración pueda instar las revisiones de oficio.

Aparte de las sentencias citadas, hemos de señalar otras sentencias que hacen alusión a una reiterada y pacífica doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que sostiene que en el supuesto de que la Administración no estuviera conforme con el acto administrativo eficaz que el silencio produjo, puede acudir al mecanismo de la revisión de oficio que la Ley prevé para dar solución a los conflictos que se suscitan en estos supuestos. Se mencionan las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2020 (F.J. 5.º), 19 de julio de 2016 (F.J. 14.º), 29 de octubre de 2015 (F.J. 13.º) y 27 de abril de 2007 (F.J. 4.º).

Terminan los escritos de ambas recurrentes solicitando que se dicte sentencia casando y anulando la sentencia recurrida.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, mediante providencia de 15 de marzo de 2022 se tuvo por interpuesto el recurso de casación y se acordó dar traslado a la parte recurrida para que pudiese formular su oposición.

SEPTIMO.- La representación de Oper Canarias, S.L. formalizó su oposición a los recursos de casación mediante sendos escritos presentados con fecha 29 de abril de 2022, uno de ellos referido de manera conjunta a los recursos interpuestos por Comercial Jupama, S.A. y la Asociación de Juegos y Apuestas de Canarias y el otro escrito oponiéndose al recurso de la Comunidad Autónoma de Canarias. En ambos escritos expone las razones de su oposición a los motivos de impugnación esgrimidos por las recurrentes aduciendo la representación de Oper Canarias, S.L., en síntesis, lo siguiente:

A/ sobre lo debatido en el procedimiento Ordinario 31/2007 seguido ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife, en el que se dictó la sentencia 17 de septiembre de 2012 que reconoció a Oper Canarias S.L. la autorización a la instalación del salón de juegos por silencio positivo.

\* En el procedimiento Ordinario 31/2007 seguido ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife -en el que se dictó la sentencia 17 de septiembre de 2012

que reconoció a Oper Canarias S.L. la autorización a la instalación del salón de juegos por silencio positivo-, además de la aplicación del silencio administrativo positivo -motivo de impugnación 1/- se alegaron, se debatieron y se analizaron otras cuestiones de fondo, toda vez que las partes personadas en aquel proceso también discutieron sobre: 2/ si la solicitud de la demandante cumplía o no los requisitos reglamentarios para obtener la autorización de instalación de salón de juegos recreativos (en concreto, la validez o no de una Certificación municipal aportada); y 3/, sobre si estaba en vigor o, contrariamente, si había perdido su vigencia, la normativa reguladora de las distancias mínimas entre locales de juego y los establecimientos de enseñanza.

\* Dicho de otro modo, en aquel proceso la entidad allí demandante, Oper Canarias, S. L, alegó en su demanda que tenía derecho a obtener la autorización de instalación de salón no sólo por la aplicación favorable del silencio administrativo sino porque cumplía con todos los requisitos; y, en particular, alegaba que no le era de aplicación la normativa sobre distancias mínimas *entre locales de juego y centros docentes*. Y tanto la Comunidad Autónoma de Canarias (parte demandada) como la entidad Comercial Jupama, S.A. (parte codemandada)- en sus respectivos escritos de contestación a la demanda y de conclusiones se opusieron a los diferentes argumentos de impugnación que esgrimía la demandante.

\* La sentencia del TSJ Canarias de 17 de septiembre de 2012 dictada en el Procedimiento Ordinario 31/2007 estimó íntegramente el recurso contencioso-administrativo, lo que implica -porque la sentencia no establece lo contrario- la estimación tácita de los otros dos motivos de impugnación aducidos por la actora en su demanda, no siendo óbice para extender los efectos materiales de la cosa juzgada de la sentencia que sólo se haya consignado en sus fundamentos jurídicos el primero de los motivos de impugnación aducidos por la actora contra el acto denegatorio de su solicitud (la obtención de la autorización de instalación por silencio administrativo).

\* Negar la extensión de los efectos materiales de la cosa juzgada de dicha sentencia le ocasiona indefensión a la actora, máxime cuando la sentencia del TSJ Canarias de 17 de septiembre de 2012 no desestimó expresamente los otros dos motivos de fondo alegados por la actora y a los que se habían opuesto la Administración demandada y la codemandada Comercial Jupama, SA.

B/ De la indefensión que se le ocasiona a la recurrida.

\* La cuestión planteada en el auto de admisión del recurso de casación ocasiona una grave y patente indefensión a la parte recurrida, por cuanto el último inciso del apartado 2.º/ de la parte dispositiva del auto alude a una resolución judicial se haya limitado a constatar la operatividad del silencio administrativo positivo "sin analizar la cuestión de fondo", inciso éste que puede resultar sesgado, toda vez que para ello habría que averiguar a qué se refiere la Sala de Admisión.

\* En el Procedimiento Ordinario 31/2007 la demandante, la Administración y la codemandada Comercial Jupama, S.A, alegaron y se opusieron a las cuestiones de fondo aducidas en dicho proceso al margen de la aplicación del silencio administrativo positivo. En efecto, la parte demandada al completo se opuso al alegato de la actora de que cumplía los requisitos reglamentarios y de que no existía norma en vigor que regulara las distancias entre locales de juego y centros de enseñanza. Y siendo ello así, habría que hacerse la siguiente pregunta: cuando en el auto de la Sala de Admisión se afirma que no se analizó la cuestión de fondo ¿quiere decirse que no se analizó en la sentencia o que no se analizó el fondo del asunto en el procedimiento?. Porque otras cuestiones de fondo sí que se alegaron, probaron y analizaron a lo largo del proceso.

\* La cuestión planteada por la Sala de Admisión es, cuanto menos, incompleta, pues a la expresión literal: "... sin analizar la cuestión de fondo...", debió añadirse el pasaje siguiente: "...sin analizar la cuestión de fondo en la sentencia pero sí alegaron, probaron y analizaron las partes en el procedimiento otras cuestiones de fondo...". En este último caso sí estaría bien planteada al Tribunal

Supremo la cuestión que presenta interés casacional objetivo, lo contrario sería analizar los hechos de forma sesgada, pues no es lo mismo afirmar que el fondo no fue analizado en la sentencia que afirmar que el fondo no fue analizado en la sentencia pero sí fue debatido y analizado por las partes personadas en el procedimiento.

\* Se produce indefensión para la recurrida por cuanto la expresión sesgada del auto de admisión conduce, irremediablemente, a un análisis sesgado de la cuestión por el Tribunal Supremo, pues de todos es sabido que los informes, resoluciones, sentencias,... etc, dependen del sentido de la consulta y/o de la forma de plantear la cuestión sometida a debate y decisión.

Finalmente, tras citar y reproducir varios fragmentos de la sentencia recurrida con los que se muestra enteramente conforme, la representación de Oper Canarios, S.L. termina su escrito solicitando que se dicte sentencia que desestime íntegramente los recursos de casación interpuestos y confirme en todos sus términos la sentencia recurrida, con imposición de las costas a las recurrentes.

OCTAVO.- Mediante providencia de 1 de junio de 2022 se acordó no haber lugar a la celebración de vista y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo. Finalmente, mediante providencia de 13 de diciembre de 2022, se fijó al efecto el día 31 de enero de 2023, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación del presente recurso.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del presente recurso.

El presente recurso de casación n.º 3435/2021 lo interponen las representaciones procesales de la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS, la entidad COMERCIAL JUPAMA, S.A. y la ASOCIACIÓN DE JUEGOS Y APUESTAS DE CANARIAS contra la sentencia de la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, de 17 de diciembre de 2020 (recurso contencioso-administrativo 355/2017).

Como hemos visto en el antecedente primero, la sentencia ahora recurrida en casación estima el recurso contencioso-administrativo que interpuso la representación de Oper Canarios, S.L., contra la desestimación presunta, por silencio de la Viceconsejería de Administraciones Públicas y Transparencia (Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad del Gobierno de Canarias) del Gobierno de Canarias, de la solicitud de apertura y funcionamiento de Salón Recreativo y de Juegos tipo-B en la calle Luis Doreste Silva, esquina calle Carvajal, de Las Palmas de Gran Canaria, que fue formulada por Oper Canarios, S.L. el 19 de abril de 2017.

También hemos visto que, al estimar el recurso contencioso-administrativo, la sentencia "reconoce el derecho de Oper Canarios, S.L. a obtener de la Administración regional -de inmediato- las autorizaciones de apertura y funcionamiento del Salón Recreativo y de Juegos Tipo B para el local situado en la calle Luis Doreste Silva, esquina con calle Carvajal, de esta ciudad; con las consecuencias de toda índole legalmente inherentes a este pronunciamiento"; imponiendo las costas del recurso a la Administración demandada.

En el antecedente segundo hemos dejado reseñadas las razones que expone la sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, para fundamentar la estimación del recurso en esos términos. Y en los antecedentes cuarto, quinto y sexto hemos expuesto de forma resumida las razones y argumentos que esgrimen las representaciones procesales de la Comunidad Autónoma de Canarias, Comercial Jupama, S.A. y Asociación de Juegos y Apuestas de Canarias (partes recurrentes) y Oper Canarios, S.L. (parte recurrida) en sus respectivos escritos de interposición y de oposición al recurso de casación.

Procede entonces que entremos a examinar las cuestiones suscitadas en casación, en particular la señalada en el auto de la Sección Primera de esta Sala de 19 de enero de 2022.

SEGUNDO.- Cuestión que reviste interés casacional y precisiones que consideramos necesarias acerca de la manera en que la cuestión aparece formulada en el auto de admisión del recurso.

Como hemos visto en el antecedente tercero, el auto en el que se acuerda la admisión del presente recurso declara que la cuestión suscitada que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en interpretar los artículos 106 y 47.1.f) de la Ley 39/2015 a fin de determinar si la Administración puede tramitar un procedimiento de revisión de oficio tendente a declarar la nulidad de pleno derecho de una autorización administrativa obtenida mediante un acto presunto positivo confirmado por una sentencia firme en aquellos casos en los que dicha resolución judicial se haya limitado a constatar la operatividad del silencio administrativo positivo sin analizar la cuestión de fondo.

El auto de admisión del recurso identifica las normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: artículos 106 y 47.1.f) de la Ley 39/2015. Ello sin perjuicio -añade el propio auto- de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, de conformidad con lo previsto en el artículo 90.4 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Acerca de la formulación dada en el auto de admisión del recurso a la cuestión que reviste interés casacional debemos hacer algunas precisiones.

En primer lugar, aunque las recurrentes Comercial Jupama, S.A. y Asociación de Juegos y Apuestas de Canarias hacen referencia en sus escritos a la orden del Consejero de Presidencia, Justicia e Igualdad de 21 de diciembre de 2017 que inicia el expediente de revisión de oficio, de notarse que dicha orden no era el objeto de la impugnación en el proceso de instancia, pues, como ya hemos dejado señalado, el recurso contencioso-administrativo se dirigía contra la desestimación presunta, por silencio de la Administración autonómica de Canarias, de la solicitud de apertura y funcionamiento de Salón Recreativo y de Juegos tipo-B en la calle Luis Doreste Silva, esquina calle Carvajal, de Las Palmas de Gran Canaria.

La solicitud de apertura y funcionamiento del salón recreativo había sido formulada por Oper Canarias, S.L. el 19 de abril de 2017, sustentándose la solicitud en que por sentencia la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife de 17 de septiembre de 2012 (procedimiento Ordinario 31/2007), que ya era firme, se había reconocido que Oper Canarias S.L. había obtenido por silencio positivo la autorización para la instalación del salón de juegos para el que se presentaba ahora solicitud de apertura y funcionamiento.

La Administración autonómica no resolvió de forma expresa la solicitud de apertura y funcionamiento presentada el 19 de abril de 2017, de ahí que el recurso contencioso-administrativo aparezca dirigido contra la denegación presunta de dicha solicitud. Lo que sucede es que mediante la Orden del Consejero de Presidencia, Justicia e Igualdad de 21 de diciembre de 2017, a la que ya nos hemos referido, se acordó iniciar expediente de revisión de oficio de la autorización de instalación del Salón Recreativo (que había sido obtenida por silencio, según declaró en su día la sentencia de la Sala de Tenerife de 17 de septiembre de 2012); y finalmente, se dictó la Orden n.º 194/2020 del Consejero de Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad del Gobierno de Canarias, de 6 de noviembre de 2020, por la que se declara la nulidad de pleno derecho de aquella autorización de instalación del salón recreativo.

En definitiva, las actuaciones administrativas, expresas y presuntas, a las que nos venimos refiriendo se interrelacionan del modo siguiente: (i) el recurso contencioso-administrativo que ahora nos ocupa se dirige contra la desestimación presunta, por silencio de la Administración autonómica de Canarias,

de la solicitud de apertura y funcionamiento de Salón Recreativo; (ii) la autorización de instalación del Salón Recreativo había sido obtenida por silencio, según declaró en su día la sentencia de la Sala de Tenerife de 17 de septiembre de 2012; (iii) la Administración autonómica tramitó y resolvió expediente de revisión de oficio, que concluyó mediante Orden de 6 de noviembre de 2020 en la que se declara la nulidad de pleno derecho de aquella autorización de instalación del salón recreativo; (iv) la Administración autonómica aduce que, declarada nula la autorización de instalación del salón recreativo, no cabe conceder la posterior autorización de apertura y funcionamiento; (v) frente a ello, la sentencia ahora recurrida en casación considera que la Administración no puede, por vía de revisión de oficio, declarar la nulidad de un acto -menos aun tratándose de un acto presunto, como fue la autorización de instalación del salón recreativo- cuya validez haya sido enjuiciada y declarada por sentencia firme.

Una segunda precisión sobre la cuestión de interés casacional viene referida a la objeción que formula la representación de Oper Canarios, S.L. en su escrito de oposición.

Señala la parte recurrida que el auto de admisión del recurso, al delimitar la cuestión de interés casacional, parece dar por sentado que la sentencia de la Sala de Tenerife de 17 de septiembre de 2012, que declaró que la autorización de instalación del salón recreativo había sido obtenida por silencio, se limitó a constatar que se cumplían los requisitos para que operase el silencio positivo "sin analizar la cuestión de fondo", esto es, sin entrar a examinar si aquella autorización obtenida por silencio positivo cumplía todos los requerimientos exigidos en la normativa aplicable y era ajustada a derecho; cuando es lo cierto -afirma la parte recurrida- que esos otros aspectos de la legalidad de la autorización habían sido objeto de debate en el proceso, aunque la sentencia de la Sala de Tenerife no se refiera a ellos. Pues bien, planteada así la objeción que formula la parte recurrida, la abordaremos al pronunciarnos sobre la controversia casacional que ahora pasamos a examinar. Veamos.

TERCERO.- Sobre el alcance de la cosa juzgada. Jurisprudencia de esta Sala y de la Sala Primera de este Tribunal Supremo acerca del alcance y extensión del efecto vinculante de la cosa juzgada.

A / Como punto de partida, es oportuno recordar lo declarado por esta Sala en sentencia 1555/2019, de 11 de noviembre (recurso contencioso-administrativo 164/20189, F.J. 2.º) en el sentido de que *“ (...) en línea de principio, no cabe sino reconocer (...) que, habiendo sido un acto administrativo revisado jurisdiccionalmente, la conformidad a derecho o no de dicho acto es cosa juzgada material que resulta intangible salvo por la vía del recurso de revisión de sentencias firmes contemplado en el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción ”*. Ello equivale a afirmar que, en principio, la Administración no puede proceder a la revisión de oficio de un acto administrativo -en este caso, presunto- cuya validez ha sido enjuiciada y declarada por sentencia firme. No obstante, la propia sentencia de 11 de noviembre de 2019 que acabamos de citar admite, en consonancia con lo que alegaba la parte allí recurrente, que *“ (...) no cabe efectuar afirmaciones terminantes sobre el alcance de la cosa juzgada, sino que es preciso "acometer caso por caso un examen analítico de las cuestiones jurídicas realmente tratadas en la sentencia firme originaria para verificar si se alza en obstáculo para la revisión de oficio de un acto administrativo allí enjuiciado”*.

En el caso que examinamos se plantea precisamente controversia sobre esa cuestión, en los siguientes términos:

Las partes recurrentes sostienen que la sentencia de la Sala de Tenerife de 17 de septiembre de 2012 (procedimiento Ordinario 31/2007) se limitó a declarar la existencia de un acto presunto, esto es, que la autorización de instalación del salón recreativo había sido obtenida por silencio, sin entrar a analizar si Oper Canarios, S.L. tenía o no derecho desde una perspectiva de fondo, es decir, por reunir los requisitos legales para ello.

Frente a ello, la parte recurrida en casación alega, como hemos visto en el antecedente sexto, que en aquel proceso resuelto por la Sala de Tenerife mediante sentencia de 17 de septiembre de 2012 no sólo se debatió sobre la aplicación del silencio administrativo positivo sino que se alegaron y debatieron otras cuestiones de fondo como son las relativas a si la solicitud de la demandante cumplía o no los requisitos reglamentarios para obtener la autorización de instalación de salón de juegos recreativos (en concreto, la validez o no de una certificación municipal aportada) y si en la fecha en que se presentó la solicitud de instalación estaba en vigor o había perdido su vigencia la normativa reguladora de las distancias mínimas entre locales de juego y los establecimientos de enseñanza. Más en concreto, la representación de Oper Canarias, S.L. aduce que la sentencia del TSJ Canarias, Sala de Tenerife, de 17 de septiembre de 2012 estimó íntegramente el recurso contencioso-administrativo, lo que implica -porque la sentencia no establece lo contrario- la estimación tácita de los otros dos motivos de impugnación que aducía la actora en su demanda, no siendo óbice para extender a estos puntos del debate los efectos materiales de la cosa juzgada por el hecho de que la sentencia sólo se haya consignado en sus fundamentos jurídicos el primero de los motivos de impugnación que aducía la actora contra el acto denegatorio de su solicitud (la obtención de la autorización de instalación por silencio administrativo).

Pues bien, este planteamiento de la parte recurrida, que acabamos de sintetizar, no puede ser acogido. Y ello por las razones que pasamos a exponer.

B/ La doble vertiente -negativa y positiva- de la cosa juzgada ha sido descrita y analizada en la jurisprudencia, en particular la de la Sala Primera de este Tribunal Supremo. Sirva como muestra la sentencia 154/2020, de 6 de marzo, de dicha Sala Primera (casación e infracción procesal 1751/2017), de cuyo F.J. segundo extraemos el siguiente fragmento:

“ (...) 3. Como hemos declarado en otras resoluciones, por ejemplo en la sentencia 169/2014, de 8 de abril, "la cosa juzgada material es el efecto externo que una resolución judicial firme tiene sobre los restantes órganos jurisdiccionales o sobre el mismo tribunal en un procedimiento distinto, consistente en una vinculación negativa y positiva, regulado en el art. 222 LEC. La vinculación negativa impide un nuevo proceso sobre el mismo objeto ya juzgado y conforme a la vinculación positiva, lo resuelto en el primero debe tenerse en cuenta en el segundo cuando sea un antecedente lógico de lo que sea su objeto".

El efecto de cosa juzgada material de las sentencias firmes, en su aspecto negativo, "excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo" ( art. 222.1 LEC), y "afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes" ( art. 222.3 LEC). Y en su aspecto positivo, que es el que ahora interesa, "lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal" ( art. 222.4 LEC)“.

Ahora bien, en lo que se refiere a la cosa material en su aspecto positivo, la propia Sala Primera ha acotado el alcance y extensión de su efecto vinculante. Así, la sentencia 789/2013, de 30 de diciembre (recurso de casación e infracción procesal 2310/2011, F.J. 2.º), citando otras sentencias anteriores, declara lo que sigue:

“ (...) SEGUNDO.- [...] El artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que "lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal", mientras que el mismo artículo, en su apartado 2, afirma que "la cosa juzgada

alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconversión, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley".

De todo ello se extrae que, como acertadamente razonó el juez de primera instancia, el único pronunciamiento de la sentencia anterior con efecto de "cosa juzgada" es el referido a la falta de legitimación activa de [...] "de forma que si dicha mercantil hubiera vuelto a ejercitar la misma acción, la misma debía rechazarse desde un principio". Cualquier otra consideración quedaba fuera del efecto de "cosa juzgada" puesto que resultaba innecesaria y ajena a la "*ratio decidendi*", siendo así que también se ha de tener en cuenta -como se aduce en el recurso- que, descartada la legitimación de la parte demandante, no tenía que discutirse con dicha parte la existencia de obligación alguna, por lo cual -y por tratarse de una sentencia desestimatoria de la demanda- la demandada Proinsur Mediterráneo S.L. -ahora recurrente- no estaba habilitada para recurrir en apelación aunque estuviera disconforme con determinados razonamientos de la sentencia, ya que había sido absuelta al haber sido acogida la primera de sus excepciones.

Como esta Sala ha precisado, entre otras, en sentencia núm. 307/2010 de 25 mayo (Rc. 931/05), "el efecto prejudicial de la cosa juzgada se vincula al fallo, pero también a los razonamientos de la sentencia cuando constituyan la razón decisoria ( SSTS de 28 de febrero de 1991, 7 de mayo de 2007, RC 2069/2000). La jurisprudencia de esta Sala admite que la sentencia firme, con independencia de la cosa juzgada, produzca efectos indirectos, entre ellos el de constituir en un ulterior proceso un medio de prueba de los hechos en aquella contemplados y valorados, en el caso de que sean determinantes del fallo ( SSTS de 18 de marzo de 1987, 3 de noviembre de 1993, 27 de mayo de 2003, 7 de mayo de 2007, RC n.º 2069/2000)".

En esa misma línea de razonamiento pueden verse otros pronunciamientos posteriores de la Sala Primera como son las sentencias 199/2020, de 25 de mayo (casación e infracción procesal 51/2015, F.J. séptimo.2) y 137/2021, de 11 de marzo (casación e infracción procesal 1751/2017, F.J. segundo).

CUARTO.- Criterio de esta Sala acerca de las cuestiones planteadas en el debate casacional.

Trasladando la jurisprudencia de la Sala Primera de este Tribunal Supremo que antes hemos reseñado al caso que ahora nos ocupa, llegamos a la conclusión de que, en contra de lo que afirma la sentencia recurrida, la revisión de oficio de la autorización para la instalación del salón de juegos no resulta impedida por el efecto positivo de la cosa juzgada derivado de la sentencia de la Sala de Tenerife de 17 de septiembre de 2012 (recurso 31/2007) que declaró obtenida por silencio positivo aquella autorización.

Hemos visto que la citada sentencia de la Sala de Tenerife de 17 de septiembre de 2012 declaró que Oper Canarias S.L. había obtenido por silencio positivo la "autorización para la instalación" del salón de juegos; y, siendo firme aquella sentencia, la entidad presentó solicitud de "autorización de apertura y funcionamiento" del salón recreativo, sustentando esta petición en que la autorización para la instalación del salón de juegos ya había sido obtenida por silencio según lo declarado por sentencia firme.

La Administración autonómica no resolvió de forma expresa la petición de autorización de apertura y funcionamiento; y el recurso contencioso-administrativo del que trae causa en el presente recurso de casación se dirigió contra la denegación presunta de dicha solicitud. Pero sucede que, como también hemos visto, la Administración autonómica tramitó y resolvió expediente de revisión de oficio, que concluyó mediante Orden de 6 de noviembre de 2020 en la que se declara la nulidad de pleno derecho de la primera autorización (de instalación del salón recreativo). Y por ello, la Administración adujo en el curso del proceso -y reitera ahora en casación- que, habiendo sido declarada nula la autorización de instalación del salón recreativo, no cabe conceder la ulterior autorización de apertura y funcionamiento.

Siendo ese el debate planteado en el proceso de instancia, la sentencia recurrida señala que la Administración no puede, por vía de revisión de oficio, declarar la nulidad de un acto cuya validez ha sido enjuiciada y declarada por sentencia firme. Sin embargo, como acertadamente señalan las partes recurrentes en casación, aquella sentencia firme a la que se alude únicamente se pronunció en el sentido de afirmar que la autorización para la instalación del salón de juegos se había obtenido por silencio positivo, por considerar cumplidos los requisitos para que se entendiese producido un acto presunto de contenido positivo; pero no examinó la sentencia -más bien al contrario, dejó expresamente sin abordar- otras cuestiones controvertidas, en particular la relativa a un posible incumplimiento de normativa que regula la distancia mínima que debe mediar entre los establecimientos de juego y los centros de enseñanza.

A los efectos que ahora interesan carece de relevancia que en aquel proceso resuelto por la sentencia de la Sala de Tenerife de 17 de septiembre de 2012 (procedimiento ordinario 31/2007), además de la cuestión de si había operado o no el silencio positivo, se hubieran planteado otros alegatos y motivos de impugnación o de oposición. Lo relevante es que la sentencia no se pronunció sobre ellos, ni los examinó siquiera.

Según la jurisprudencia de la Sala Primera a la que antes nos hemos referido, el efecto prejudicial de la cosa juzgada se vincula ante todo al fallo; y si bien también puede extenderse a los razonamientos de la sentencia, será únicamente cuando constituyan la *ratio decidendi* de la resolución. Pues bien, nada de esto sucede en el caso que estamos examinando, donde, insistimos, la sentencia de 17 de septiembre de 2012 únicamente se pronunció sobre el cumplimiento de los requisitos para que operase el silencio positivo, sin examinar las posibles ilegalidades de fondo de las que pudiera estar aquejada la autorización para la instalación del salón de juegos.

Por tanto, la revisión de oficio de la autorización para la instalación del salón recreativo obtenida por silencio positivo no resulta impedida por el efecto positivo de la cosa juzgada derivado de la sentencia de la Sala de Tenerife de 17 de septiembre de 2012 (recurso 31/2007).

Siendo ello así, y habiéndose resuelto luego el expediente de revisión de oficio mediante Orden n.º 194/2020 del Consejero de Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad del Gobierno de Canarias de 6 de noviembre de 2020 que declara la nulidad de pleno derecho de aquella autorización de instalación del salón recreativo, sin que tengamos constancia de que dicha Orden haya sido impugnada, debe considerarse procedente la denegación de la posterior solicitud de apertura y funcionamiento del salón recreativo.

QUINTO.- Respuesta a las cuestiones de interés casacional suscitadas.

Lo razonado en los apartados anteriores nos permite dar respuesta a las cuestiones de interés casacional señaladas en el auto de admisión del presente recurso en los siguientes términos:

Una interpretación de los artículos 106 y 47.1.f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, puestos en relación con lo dispuesto en el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el alcance del efecto positivo de la cosa juzgada, conduce a declarar que, habiendo recaído sentencia firme que declara producido por silencio positivo un acto administrativo -en este caso, la autorización para la instalación de un salón de juegos- la revisión de oficio de dicho acto no resulta impedida por el efecto positivo de la cosa juzgada derivados de aquella sentencia cuando, como sucede en el caso que se examina, la resolución judicial únicamente se pronunció en el sentido de afirmar que había operado el silencio positivo, por entender cumplidos los requisitos para que se entendiese producido un acto presunto de contenido positivo, sin haber entrado a examinar la sentencia las posibles ilegalidades de fondo de las que pudiera estar aquejada la autorización obtenida por silencio.

SEXTO.- Resolución del recurso y costas procesales.



Por las razones expuestas, procede que declaremos haber lugar al recurso de casación. Y, una vez casada y anulada la sentencia recurrida, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de Oper Canarias, S.L. contra la desestimación presunta de la solicitud de apertura y funcionamiento de Salón Recreativo y de Juegos tipo-B en la calle Luis Doreste Silva, esquina calle Carvajal, de Las Palmas de Gran Canaria, que fue formulada por Oper Canarias, S.L. el 19 de abril de 2017.

Por lo demás, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4, 139.1 y 139.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, entendemos que no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes. Y tampoco la imposición de las costas del proceso de instancia, pues la controversia planteada suscitaba dudas de derecho suficientes como para considerar improcedente la condena en costas, como se pone de manifiesto por el hecho mismo de que la sentencia recurrida y la que ahora se dicta en casación hayan alcanzado conclusiones divergentes.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,

### **FALLO**

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

- 1.- Ha lugar al recurso de casación n.º 3435/2021 interpuesto por las representaciones procesales de la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS, la entidad COMERCIAL JUPAMA, S.A. y la ASOCIACIÓN DE JUEGOS Y APUESTAS DE CANARIAS, contra la sentencia de la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, de 17 de diciembre de 2020 (recurso contencioso- administrativo 355/2017), quedando ahora anulada y sin efecto la sentencia recurrida.
- 2.- Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de OPER CANARIOS, S.L. contra la desestimación presunta de la solicitud de apertura y funcionamiento de Salón Recreativo y de Juegos tipo-B en la calle Luis Doreste Silva, esquina calle Carvajal, de Las Palmas de Gran Canaria, que fue formulada por Oper Canarias, S.L. el 19 de abril de 2017.
- 3.- No se imponen las costas derivadas del recurso de casación ni las del proceso de instancia a ninguna de las partes.

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

Así se acuerda y firma.