

patrimonial extracontractual del Estado. La razón es evidente: el alcance del Auto declaratorio del sobreseimiento libre de la causa penal, en aplicación del art. 779.1.1ª, en relación con el art. 637.2, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se produce única y exclusivamente en el ámbito de la responsabilidad penal, no en relación con otras posibles responsabilidades, pues unas y otras se basan en distintos fundamentos jurídicos y se proponen alcanzar fines también diferentes.

Como es sabido, el procedimiento penal tiene por objeto la investigación y, en su caso, el enjuiciamiento de hechos tipificados por la Ley como delito o falta, subjetivamente imputables, generadores de una posible responsabilidad penal basada en todo caso en la culpabilidad. En cambio, el procedimiento para la declaración de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración Pública no tiene como presupuesto la previa comprobación de la existencia de responsabilidades personales, no requiere la previa declaración o constatación de la culpabilidad. Dicha responsabilidad patrimonial tiene naturaleza jurídica de garantía institucional de reparación de lesiones antijurídicas sufridas con motivo del funcionamiento (normal o anormal) de las Administraciones Públicas que el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportar. Luego se volverá sobre este punto.

- b) El Auto de 2 de febrero de 2012 del Juzgado Central nº 3 fue íntegramente confirmado por el Auto nº 152/2012, de fecha 17 de mayo de 2012, dictado por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Rollo 106/12), desestimatorio del recurso de apelación presentado por la representación legal de la Asociación de Familias Afectadas por la Catástrofe del Accidente Aéreo y Otros, al que se adhirió el Ministerio Fiscal. Todas las consideraciones contenidas en este Auto producen sus efectos en el estricto ámbito penal, no más allá.

2. En el ámbito de las responsabilidades civiles derivadas del siniestro, la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zaragoza, de fecha 10 de febrero de 2006, aprecia lo siguiente en el F.D. Tercero: "De una lectura de las conclusiones y causas probables del accidente del informe del Sr. Orlando Jiménez (Tomo 111 inicio) de dic. 2003 y de las expuestas por la Comisión Internacional en julio de 2005 obtenemos la convicción psicológica suficiente para concluir que el accidente, en último término, fue consecuencia directa de la deficiente organización empresarial de UM Air que nos lleva a concluir en palabras

del perito Sr. Jiménez que formalmente el «vuelo era ilegal» ya que la normativa aérea internacional prohíbe despegar con el certificado médico del Ingeniero de Vuelo caducado y sin que el CVR (Registrador de voz de la cabina de pilotaje) funcionara desde hace 45 días. Asimismo, después se incide en que no recibieron entrenamientos adecuados actuales, no les instruyeron en sistemas CRM (Gestión de Recursos en Cabina), no recibieron información sobre aproximación al aeropuerto de Trabzon, la tripulación estaba por debajo de los estándares de seguridad aérea; la tripulación no estaba cualificada para este tipo de vuelo, entre la tripulación existía sinergia cero ; estaban volando desde las últimas 23 horas, con 5 horas de espera no prevista porque un aeropuerto estaba cerrado, que propiciaba que el accidente se produjera en cualquier momento. En los momentos finales, después de la 1ª maniobra de aproximación frustrada porque volaban muy alto y rápido, con vientos de 260º de cola existió una baja conciencia de situación, con una mala toma de decisiones y ningún piloto supo romper la cadena de errores, sobre todo cuando se activó el sistema de aviso de proximidad a tierra GPWS y teniendo 9 segundos para meter máxima potencia a los motores, estabilizar el avión y subir para escapar de la colisión no reaccionaron.”

Dicha sentencia del orden civil añade en el F.D. Quinto (bajo el título “Imputación subjetiva de responsabilidad”) lo siguiente: “Asimismo, aunque no sea necesario porque consideramos aplicable el art. 3 C), entendemos que también se puede subsumir la cadena de errores en la gestión empresarial referida en los hechos probados como encajable en la exoneración del límite financiero de la responsabilidad porque existe culpa grave , encardinable en la figura del dolo eventual ya que valorando la teoría del dominó , expuesta por el perito Sr. Jiménez, en la que concluyó que UM Air no pasaría actualmente una auditoría de seguridad aérea internacional, es evidente que las acciones y omisiones graves de la Cía. Aérea son calificables civilmente como culpa grave.”

Tras declararse la nulidad de las actuaciones por falta de emplazamiento de Chapman Freeborn por Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 11 de octubre de 2007, se repitió el juicio ordinario, finalizado en virtud de Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zaragoza de 11 de marzo de 2010. En ella se negaba que la compañía aérea demandada hubiese acreditado, como le incumbía, que agotara su diligencia para evitar el siniestro, considerando las conclusiones de la Comisión Internacional constituida de acuerdo con el Anexo 13

al Convenio sobre Aviación Civil Internacional acerca de las “incorrectas maniobras de la tripulación” empleada por dicha compañía y las recomendaciones sobre las medidas que tendría que tomar para evitar siniestros. Esta misma sentencia reafirma la existencia de culpa grave, las maniobras gravemente incorrectas de los tripulantes, la actuación temeraria de la tripulación y declara que “el que no funcionara el CVR debía perjudicar a UM Air, pues era responsable de su operatividad”.

Esta sentencia fue confirmada por sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 22 noviembre 2010.

3. Del informe técnico de la Comisión Internacional constituida de acuerdo con el Anexo XIII del Convenio sobre Aviación Civil Internacional, también citado y resumido en antecedentes, conviene recordar ahora:

- a) Sus conclusiones: Están reproducidas en los antecedentes de este dictamen y a ellas nos remitimos.
- b) Las recomendaciones dirigidas a la compañía UM AIR, entre ellas, las relativas a la formación adecuada de los pilotos. Debe recordarse lo antes transcrito: entre los diversos factores que contribuyeron al siniestro, uno de ellos fue “la selección de la tripulación, la cual no era adecuada para este tipo de misión y para operar en el aeropuerto de Trabzon, sin que el primer piloto reuniera suficiente experiencia en el Yak 42”.

II

Sobre las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y su interpretación por el Consejo de Estado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

1. A las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado ya nos hemos referido y no es necesario reproducirlas de nuevo.

2. Como ha dicho el Consejo de Estado (en la publicación oficial: Compendio de la Doctrina del Consejo de Estado, XXV Aniversario de la Constitución, págs. 412 y siguientes) la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es una garantía sustancial que encuentra su

fundamento último en una razón de solidaridad, tiene un carácter objetivo, esto es, que no se exige la concurrencia de una conducta dolosa o culposa. Recuerda el Consejo de Estado que, como ha señalado el TS en sus sentencias de 4 de julio de 1980 y 7 de julio de 1982, el principio de responsabilidad de la Administración Pública reconocido en el art. 9.3 de la Constitución se eleva a principio de máxima jerarquía en el art. 106.2 de la misma Constitución, por lo que no es dable ya dudar de que constituye un pieza fundamental de nuestro Estado de Derecho, cuyo natural carácter expansivo impide en su aplicación toda interpretación que obstaculice su plena realización material (dictamen núm. 47/449, de 27 de noviembre de 1986). Ha sostenido también el Consejo de Estado (vid dictamen núm. 45.862, de 1 de diciembre de 1983 y núm. 1.085/2000 de 6 de abril) que la acción administrativa que puede generar responsabilidad patrimonial de la Administración no es sólo la que resulte ilícita o contraria al ordenamiento (funcionamiento anormal de los servicios públicos) sino incluso la que, persiguiendo fines de interés general y siendo en sí misma lícita y conforme a Derecho, lesiona individualizadamente los bienes o derechos de un particular en términos que supongan para él un sacrificio especial excesivo o desigual, y no una simple carga que ese particular esté obligado a soportar con carácter general (ídem. Dictamen). No está, pues, asociado el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública a la afirmación de la concurrencia de actuaciones subjetivas generadoras de cualquier tipo de culpa. Y todo ello sin llegar a concebir la institución como una forma de aseguramiento universal, ni a considerar el servicio público como un centro de imputación automático de cualesquiera hechos que acaezcan en el área material de aquél.

En la misma línea, recuerda la doctrina científica que el art. 139 de la LRJAP, al concretar el art. 106.2 de la CE en el sentido de que lo mismo da que el funcionamiento de los servicios públicos sea anormal o normal, está configurando un modelo objetivo de responsabilidad, ajeno a los conceptos de ilicitud, culpa o negligencia. Así lo ha interpretado insistentemente la Sala Tercera del Tribunal Supremo (SSTS de 24 octubre 2000 y 29 noviembre 2001) recordando que “no se requiere otro requisito que la relación de causalidad entre el acto y el daño, siempre que la actuación lícita o ilícita de la Administración se produzca dentro de sus funciones propias”.

3. A los efectos de la cuestión que se analiza, resulta de especial interés la doctrina del Consejo de Estado recientemente sentada con motivo de sendas reclamaciones de responsabilidad patrimonial relacionadas con el funcionamiento de la Administración militar:

- a) La parcial estimación de la reclamación propuesta en el dictamen núm. 1.725/2011, de 12 de enero de 2012, se funda en un razonamiento a cuyo contenido pertenecen las siguientes afirmaciones esenciales: sobre el tercero interpuesto (en aquel caso, un contratista) conserva siempre la Administración un poder de dirección; la Administración concernida (en aquél caso un Consorcio) no efectuó en cumplimiento de sus deberes de vigilancia ningún control sobre las condiciones de desarrollo de un evento cuya naturaleza era determinante de una situación de riesgo objetivo; en apoyo de la doctrina que se sostiene y que se aplica en el dictamen, invoca las SSTS núm. 1.161/2000 de 18 de diciembre, núm. 199/2002, de 7 de marzo, y núm. 1.083/2004, de 16 de noviembre, las tres de la Sala Primera del Tribunal Supremo y todas ellas referentes a supuestos de responsabilidad extracontractual.
- b) La parcial estimación propuesta en el dictamen 1.138/2012, de 29 de noviembre de 2012, hace referencia al supuesto de una actividad desarrollada por la Administración militar altamente generadora de riesgo. En él se afirma que el análisis resulta fructífero si se hace a la luz de la doctrina de la responsabilidad objetiva por creación de riesgo y que el desarrollo por la Administración de una actividad de riesgo de estas características (se refiere a un alto riesgo) es susceptible de generar responsabilidad.
- c) La estimación propuesta en el dictamen 678/2016, de 22 de septiembre, en el que reiterando lo recogido en el dictamen 361/2006, de 11 de mayo, se reconoce que existe, además, un título de imputación específico, distinto del concepto de acto de servicio, como es la creación, por parte de la Administración, de una situación de riesgo que le obliga a responder de las consecuencias que de tal situación se derive, refiriéndose seguidamente a las pruebas acreditativas de que la Administración conocía tal riesgo.

No resulta difícil comprender que el transporte en que se produjo el siniestro al que se refiere el presente dictamen constituía una actuación de alto riesgo. Tampoco ofrece duda que, aunque realizado a través de tercero, dicho transporte

no pertenecía a un ámbito ajeno a la actuación de la Administración militar: eran miembros y efectivos de las Fuerzas Armadas los que se transportaban en el marco de una intervención humanitaria vinculada a la política de defensa nacional. En efecto, a la preservación de la paz y seguridad internacionales como finalidades de la política de defensa se refiere el artículo 2 de la LO de Defensa Nacional nº 5/2005, de 17 de noviembre; a las Reglas del comportamiento del militar cuando actúa en misiones para contribuir al mantenimiento de la paz, estabilidad y seguridad y apoyar la ayuda humanitaria se refiere el art. 4.2 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar; a las operaciones de paz y ayuda humanitaria se refieren también los arts. 93 al 97 de la Reales Ordenanzas de las FFAA, aprobadas por RD 96/2009, de 6 de febrero; y a las reglas de comportamiento militar cuando estos actúan en misiones para contribuir militarmente al mandato de la paz, estabilidad y seguridad y apoyar la ayuda humanitaria se refiere, concretamente, la regla segunda del art. 6.1 de la LO 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de los Miembros de las FFAA.

III

Relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento de la Administración militar.

1. No parece conforme con cuanto hasta aquí ha quedado expuesto sostener que el siniestro tuvo lugar en términos de absoluta desvinculación con el funcionamiento de la Administración militar.

2. No conduce a esa conclusión el hecho de que el Acuerdo de Ventas entre el Estado Mayor de Defensa, representado por el Jefe del Estado Mayor Conjunto (España) y NAMSA (identificada en antecedentes), estuviera excluido de la aplicación de la Ley de Contratos de la Administración Pública vigente en aquella fecha en cuanto acuerdo comprendido en la exclusión de su art. 3.1. En muy parecidos términos se produce la Ley hoy vigente (art. 4, apartados f) y j) del TR de la LCSP, aprobado por RD Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre). Debe tenerse en cuenta que el art. 4.2 de dicho TR establece que “los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que se produzcan”. La exclusión, pues, de aquel Acuerdo de

Ventas, no remite al vacío. Hay normas que se aplican -no obstante la exclusión- sobre el control que mantiene la Administración militar en relación con la ejecución del Acuerdo.

3. El Acuerdo de Ventas número SP-17 dice textualmente en su apartado tres "Responsabilidades de España": España acepta: 3.1: establecer una lista de requisitos (incluidos en el SOW adjunto); 3.2: establecer un Grupo de Control del Contrato (CCG) para proveer detalles y preparar el personal y material para el transporte. Este CCG será también el punto de contacto principal con el contratista seleccionado. A estos efectos, España dará a NAMSA los nombres, direcciones, números de teléfonos y fax de las personas a contactar; 3.3: confirmar la disponibilidad de fondos antes de la adjudicación del contrato; 3.4: realizar aquellas acciones de su exclusiva responsabilidad que deban ser efectuadas para permitir una adecuada ejecución del contrato.

De este precepto no cabe deducir que el Acuerdo de Ventas supusiera un total y completo traslado de las responsabilidades sobre la ejecución del contrato a NAMSA con simultáneo y total desapoderamiento de competencias de seguimiento y control por la Administración Militar concernida. Así se desprende de la interpretación literal de las cláusulas transcritas, reconocedoras de determinadas competencias traducibles en deberes de control y seguimiento.

Una interpretación literal conducente a vaciar el alcance de las responsabilidades de España sobre la seguridad en la ejecución del transporte de las tropas objeto de este dictamen choca con el precepto interpretativo del art. 1.261 del Código Civil. La intención de los contratistas no era, no podía ser, reducir a la nada los cuatro apartados de dicho apartado número 3, en los que se recoge una autonormación bastante para negar la total desvinculación de la Administración militar en el desarrollo del acuerdo.

Pero sucede además que por muy intensa que se pretenda esa desvinculación no puede llegar al extremo de oponerse a preceptos legales. Así, el art. 39 bis de la Ley 30/1992, redactado conforme a las modificaciones introducidas por Ley 25/2009, de 22 de diciembre, regula los "Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad", y aunque en su apartado 1 opta por las medidas menos restrictivas que sean congruentes con el logro de los fines que persigue, reconoce que las Administraciones Públicas

podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan. Dicho con palabras de la doctrina científica: la Ley 25/2009, al tiempo que, en el ámbito de los principios de la intervención administrativa, opta por la preferencia de la menor restricción o limitación posible y la proporcionalidad de toda medida, paralelamente impone a las Administraciones Públicas el deber de velar por el cumplimiento de los requisitos aplicables mediante las actividades consistentes en comprobar, verificar, investigar, inspeccionar, etc., naturalmente a través de los órganos competentes.

En el ámbito de la navegación aérea, la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea (no aplicable en este supuesto) ha sido recientemente modificada por Ley 1/2011, de 4 de marzo. En la exposición de motivos de la reforma se reconoce que uno de los fines que se persigue es el de la potenciación de las funciones de supervisión en el ámbito de la explotación de las aeronaves. Pese a su reconocida inaplicación, la cita que hacemos está justificada en cuanto expresión actual de una prioridad social, la de incrementar la seguridad en el uso de los transportes aéreos. Laten en el fondo de todas estas consideraciones sobre la supervisión y el control de las Administraciones Públicas de actuaciones llevadas a cabo bien por los propios órganos de la Administración, bien por medios propios o de terceros, las exigencias vinculadas al imperativo derivado directamente del principio democrático (la democracia representativa) y un factor complementario de generación de legitimación funcional, así como también un imperativo de la racionalidad jurídica propia del Estado de Derecho en tanto que mecanismo que contribuye a hacer efectiva la observancia de la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, como reconoce también la misma doctrina científica.

Si lo anterior está justificado en todo caso de intervención administrativa del desarrollo de actividades, ello adquiere una especial importancia cuando la actividad a realizar presenta riesgos, que deben ser evaluados, clasificados o calificados en cuanto a su alcance y medida. Se trata de garantizar los principios de prevención y precaución derivados de los bienes jurídicos de la seguridad. Principios estos últimos que también ordenaban la actuación de la Administración militar en el supuesto objeto de este dictamen. En efecto, téngase presente lo establecido en el art. 27, titulado "Prevención de riesgos y protección de la salud", de la Ley 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las

Fuerzas Armadas, en cuyos apartados 1 y 4 se reconoce el derecho de los militares a recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el ejercicio de su actividad, con las peculiaridades propias de las funciones que tienen encomendadas y se dispone que debe el Estado proveer las medidas necesarias para garantizar, en lo posible, la seguridad y la salud del personal de las Fuerzas Armadas al utilizar los medios y equipos puestos a disposición, con especial atención a los riesgos específicos que se deriven de sus funciones. Una negación de la exigibilidad de estas obligaciones en relación con los miembros de las Fuerzas Armadas que transportaba el avión siniestrado con el argumento de encomendar a un tercero toda la responsabilidad referente a su seguridad no parece compatible con el precepto transcrito, que por otra parte tiene clara conexión con lo establecido en los arts. 15 y 43.2 de la CE.

Todas estas consideraciones nos llevan a la siguiente conclusión: en el caso objeto del dictamen opera la garantía institucional de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración Pública, pues con motivo de una situación de riesgo específico y objetivo originado en el curso de una actuación de transporte de miembros de las FFAA promovido por la Administración militar en cumplimiento de determinados compromisos internacionales contraídos en el marco de la política de defensa, se produjeron lesiones antijurídicas que los perjudicados no tienen el deber jurídico de soportar y que deben ser reparados. Recuérdense lo que puede leerse en el fundamento de derecho noveno del Auto de 17 de mayo de 2012, dictado por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (pág. 1148 del expediente administrativo): “1.- El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas acordó en la Resolución 1286, vinculante para los países de la OTAN, la creación de la fuerza internacional de asistencia y seguridad en Afganistán (ISAF) con el objetivo de restaurar la paz en el citado país y garantizar su integración en la comunidad internacional; 2.- La función del citado compromiso motivó que el Consejo de Ministros acordara el 27 de diciembre de 2001 el despliegue de 485 efectivos; 3.- Adoptado el indicado acuerdo, correspondía al Estado Mayor de la Defensa el planeamiento logístico de la colaboración internacional asumida, que al no disponer de los medios necesarios, dio lugar a la necesidad de acudir a NAMSA –Agencia de mantenimiento y abastecimiento de la OTAN–, en la que España, como el resto de países integrados en la OTAN, cuenta con un oficial de enlace”.

A idéntica conclusión conduce la consideración de que un adecuado cumplimiento de los deberes de vigilancia y supervisión sobre el correcto ejercicio de la prestación de transporte objeto del Acuerdo de Ventas no parece compatible con las siguientes circunstancias:

- a) El avión Yak-42 en que se produjo el siniestro fue proporcionado por una empresa subcontratista ucraniana, esto es de un Estado no perteneciente a la OTAN, no habiendo sido posible constatar si NAMSA llegó a otorgar su consentimiento, pese a estar exigido expresamente en la parte 17 del contrato marco entre NAMSA y la contratista C.F.A. Sobre este punto se afirma en el informe de 2 de febrero de 2016 emitido por el General de Brigada del Ejército del Aire Adjunto para apoyo del Jefe del Estado Mayor del Mando de Operaciones (págs. 197 a 199 del expediente) que “JEMACON” desconocía las posibles subcontrataciones que C.F.A. hubiera podido llevar a cabo y si las mismas había sido aceptadas por NAMSA, conociendo exclusivamente, en el caso que nos ocupa, el modelo y matrícula del aparato, por figurar estos datos en la propuesta de precio para el vuelo remitida por la Agencia al Estado Mayor Conjunto para su aprobación”. De lo que se desprende que la Administración Militar pudo identificar con anterioridad al siniestro tanto la nacionalidad de la compañía transportista, como el precio a que venía obligada a pagar la Administración española. Los datos que la Administración afirma haber desconocido en el momento de los hechos, especialmente la cadena de subcontrataciones, eran de gran trascendencia a la hora de tomar, en tiempo oportuno, las decisiones propias de una prudente, proporcionada y eficiente supervisión de su aptitud para llevar a cabo, en condiciones de seguridad, el transporte contratado.
- b) El avión siniestrado fue proporcionado por una empresa subcontratista. La subcontratista elegida (vid documentos obrantes en folios 219 a 263 del expediente administrativo) fue la resultante de un encadenamiento de subcontrataciones (sobre el cual no ofrece suficiente información el expediente pese a haber sido expresamente requerida por el Consejo de Estado) produciéndose la adjudicación al quinto subcontratista, mediante contrato hecho en Beirut el 19 de mayo de 2003. A lo largo de esta cadena de subcontrataciones tuvo lugar una progresiva reducción del precio, pasándose de un precio inicial de 149.000 euros al de 38.442 dólares estadounidenses. Es razonable pensar que esa progresiva disminución del precio afectó también a las condiciones exigidas al

contratista. Es cierto que el recurso a la subcontratación estaba aceptado por las partes y también que la legislación española la permite y constituye práctica habitual de las Administraciones Públicas para el ejercicio a través de terceros interpuestos (contratistas, concesionarios) de prestaciones de interés público. Pero lo importante a efectos de este dictamen no es el hecho de la subcontratación, cuya posibilidad no se cuestiona, sino la elección misma del subcontratista y el precio finalmente satisfecho. Es muy destacable que el art. 227 del TRLCSP del año 2011 –no aplicable al caso– establece en su apartado 2.b) la necesidad de que el adjudicatario (salvo en el caso excepcionado que especifica) deba justificar suficientemente la aptitud del subcontratista para ejecutar la prestación con referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia. Si recordamos lo que sobre la experiencia y la capacidad de los miembros de la tripulación del avión siniestrado dicen tanto el informe sobre el siniestro de la Comisión Internacional que ya ha sido citado como las resoluciones judiciales civiles y penales (particularmente, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zaragoza de 10 de febrero de 2006, anulada por motivos formales), resulta que la realidad de lo acontecido está alejada del cumplimiento de las exigencias referibles a los subcontratistas. Sobre este punto son reveladoras las recomendaciones dirigidas a UM Air por la Comisión Internacional constituida de acuerdo con el Anexo 13 al Convenio sobre Aviación Civil Internacional, que inciden en la necesidad de una mejor preparación de la tripulación.

- c) El avión siniestrado pertenecía a una empresa de un Estado no miembro de la NATO y que en el pasado había formado parte de la URSS. Este dato desconectado de cualquier otro no tendría trascendencia. Sin embargo, la adquiere a la vista de una información facilitada por el Teniente Coronel de Infantería D. Javier Marino González, con fecha 28 de abril de 2003, a la Administración Militar (vid folios 615 a 619 del expediente administrativo). Se trata de un informe sobre la comisión de reconocimiento llevada a cabo por dicho Teniente Coronel en el AOR de ISAF (Kabul), entre el 25 de marzo y el 5 de abril de 2003. En el apartado “Transporte de Incorporación y regreso a la AOR” expone las incidencias del transporte en el viaje de ida y de regreso. Bajo el epígrafe “Condiciones y Propuestas” aparecen una serie de párrafos. El que figura en octavo lugar dice textualmente: “Se están corriendo altos riesgos al transportar personal en aviones de carga fletados en países de la antigua URSS, su mantenimiento es como mínimo muy dudoso”. Sobre la trascendencia de este

informe se ha pronunciado el escrito del General Jefe de la División de Operaciones (Estado Mayor del Ejército de Tierra) que obra en el expediente (folios 193 y 194). En dicho escrito, de fecha 15 de octubre de 2015, se dice textualmente, en lo que aquí importa, lo siguiente:

1. No es un informe sobre “los riesgos en el transporte del personal”.
2. Es un informe sobre “la comisión de reconocimiento llevado a cabo en el AOR de ISAF entre el 25 de marzo y el 05 Abr.” que emite el TCOL como perteneciente al Centro de Inteligencia y Seguridad para información interna del mismo”.
3. Dicho informe, con una extensión de 15 páginas, recoge la actividad desarrollada por el Teniente Coronel en cuanto al cometido encomendado, que era instalar en el contingente español allí desplegado una serie de nodos de un determinado sistema informático.
4. En el informe hay dos referencias al transporte en avión. Dichas referencias están en el punto 4, Transporte Ida y en el punto final, Conclusiones, párrafo 8, donde dice expresamente: “Se están corriendo altos riesgos al transportar personal en aviones de carga fletados en países de la antigua URSS, su mantenimiento es como mínimo muy dudoso”.
5. Dichas valoraciones son emitidas en relación a ese vuelo específico y según su impresión personal como usuario por el Teniente Coronel, el cual no poseía ninguna formación o conocimiento en seguridad aeronáutica y mantenimiento de aeronaves. (Es cita textual).

La trascendencia del informe remitido por el Teniente Coronel a que acabamos de referirnos hay que valorarla en cuanto puesta en conocimiento de la Administración militar de una situación susceptible de generar consecuencias perjudiciales para la seguridad de los miembros de las Fuerzas Armadas y que por eso llamaba, cuando menos, a una comprobación o verificación de la realidad de los hechos que comunicaba a dicha Administración militar. Desgraciadamente, hechos ex post se encargaron de demostrar que las valoraciones contenidas en tan repetido informe no estaban alejadas de la realidad, cualquiera que sea la opinión que pueda sostenerse sobre la formación o conocimiento de su autor.

- d) El mismo avión siniestrado había sido pilotado, al servicio de su país (Noruega), por el Capitán Sr. Vindenes, con motivo del viaje de Noruega a Afganistán que

realizó en septiembre del año 2002. Las declaraciones de dicho oficial (obrantes en folios 541-548 del expediente) son útiles al respecto. Se refieren a un vuelo que tuvo lugar con fecha 18 de septiembre del año 2002. El capitán puso en conocimiento de sus superiores, entre otros extremos, que la dotación reconoció sentir miedo de morir, que él mismo estuvo muerto de miedo al volar en aquella chatarra de un Yak-42 y que “los miembros del personal temen el vuelo de regreso, algunos incluso admiten abiertamente que temían por su vida”. Tales declaraciones se incorporaron a través de una comisión rogatoria a las actuaciones judiciales relacionadas con el siniestro a que este dictamen se refiere. Al conocimiento de la Administración han llegado, ciertamente, ex post del siniestro. Si se citan es para volver a insistir en que la información facilitada por el Teniente Coronel Marino con anterioridad a la producción del siniestro no puede ser minusvalorada en su capacidad desencadenante de una llamada a la supervisión de la seguridad de los vuelos de transporte de fuerzas armadas españolas, objeto de su informe.

El análisis de las circunstancias expuestas en los inmediatamente anteriores apartados a) a d) no hacen más que reforzar la conclusión alcanzada sobre la procedencia de que, en el caso que se dictamina, opera la garantía institucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, que aquí damos por reproducida. Hay, pues, anteriores a la fecha del siniestro, hechos que habrían permitido a la Administración ponderar el especial riesgo concurrente en el transporte de tropas en que se produjo el accidente. Dicho con otras palabras, con carácter “ex ante” pudieron ser advertidas circunstancias de diversa naturaleza que, tanto individualmente consideradas como sobre todo a través de una valoración conjunta respetuosa con las exigencias ínsitas en los principios de precaución y previsión, habrían llamado a la adopción por los órganos competentes de medidas que pudieran haber despejado el riesgo que se corría.

Comprobada la relación de causalidad, queda entrar en el examen de si las lesiones antijurídicas sufridas por los reclamantes han sido o no reparadas. Caso positivo, no obstante lo hasta aquí afirmado, procederá su desestimación.

iii) Para valorar si se ha producido o no la reparación de las lesiones aducidas, es preciso examinar los distintos regímenes específicos,

incluido el de clases pasivas, que se han desplegado a raíz del accidente ocurrido el día 26 de mayo de 2003 en Trabzon.

Tal y como ha reiterado el Consejo de Estado (por todos, dictamen 1.763/2007, de 15 de noviembre), “la vida y la integridad física son bienes de por sí irreductibles a dinero. Lo más que una suma económica puede lograr es ayudar a sobrellevar penalidades de por sí imposibles de reparar por medios jurídicos. Ello no obsta, sin embargo, para entender que la lesión es evaluable económicamente”.

En este sentido, como viene proclamando el Tribunal Supremo desde la conocida Sentencia de 6 de diciembre de 1912 y recuerda el dictamen 1691/2001, de 20 de septiembre, los daños morales han de ser valorados en términos sustitutivos o de aproximación, si procediere, atendiendo a su afectación de orden meramente espiritual. Así pues, salvo tasación legal expresa, el daño moral ocasionado por fallecimiento en accidente no es igual para el cónyuge o pareja de hecho, los hijos o los padres que para otros parientes más remotos en el grado. Así lo reconoce el Consejo de Estado en una reiterada doctrina que el dictamen 401/2014, de 26 de junio, con cita de otros anteriores, formula en los siguientes términos:

“Los perjuicios morales que la muerte de un ser querido irrogan son inmensos y, en rigor, irreparables con una indemnización monetaria. Resulta evidente a los ojos de los juristas contemporáneos que esta imposibilidad de reparar los daños morales no puede excusar del pago de una suma de dinero por parte del responsable del fallecimiento. No obstante, se ha de tener presente que la disparidad entre una suma económica y los lazos afectivos hace imposible un ajuste satisfactorio de ambos. La regla general no consiste en indemnizar a toda persona que alegue daños morales (aunque verosímilmente los padezca), sino en escoger aquellos en quienes los daños son de mayor intensidad, y concretar en ellos la cuantía del resarcimiento.”

La aplicación de la doctrina expuesta ha conducido en el dictamen 401/2014 citado y en otros muchos a desestimar las peticiones indemnizatorias

formuladas por los hermanos del fallecido, al ceder su eventual derecho ante el de la viuda, descendientes o ascendientes en primer grado de la víctima.

En el presente expediente una pluralidad de vías han conducido al abono de cantidades resarcitorias a los familiares reclamantes a raíz del fallecimiento de sus respectivos seres queridos:

- En primer lugar, atendiendo a las previsiones de la legislación de clases pasivas, se han reconocido las correspondientes pensiones –todas ellas extraordinarias- de viudedad, orfandad y a favor de los padres a las personas en quienes concurrían las condiciones previstas legalmente para el nacimiento de tal derecho.

A ello se suma el reconocimiento por la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 8/2004, de 5 de noviembre, sobre indemnizaciones a los participantes en operaciones internacionales de paz y seguridad, de pensiones excepcionales del régimen de clases pasivas del Estado a favor de, entre otras parejas de hecho de militares fallecidos en el siniestro, doña Ana Ochoa Vela, como beneficiaria del Sargento Primero don Miguel Ángel Algaba García; doña Ana María Madrid Aldeguer, como beneficiaria del Cabo Primero don Juan Carlos Bohabonay Domínguez; doña Lorena Puente López, como beneficiaria del Sargento don Juan Jesús Nieto Mesa; y doña Beatriz Monreal Aliaga, como beneficiaria del Sargento Primero don Sergio López Saz; todas ellas reclamantes en el presente procedimiento.

- En virtud del seguro colectivo de vida suscrito por el Ministerio de Defensa para los miembros de las Fuerzas Armadas, ha sido satisfecha la cantidad de 60.101,21 euros por cada muerte, a cuyo reparto se ha procedido entre los beneficiarios designados por los militares asegurados.
- Por Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de agosto de 2003 se autorizó el pago anticipado a los familiares de los sesenta y dos militares fallecidos de 75.000 dólares por cada uno de los difuntos, conforme a lo previsto en el acuerdo de ventas suscrito entre el Ministerio de Defensa y NAMSA y en el contrato marco firmado entre esta entidad y Chapman Freeborn. Dicha

cantidad ha sido abonada por el Ministerio de Defensa a los familiares que se habían acogido a dicho pago, subrogándose en sus derechos en las cuantías anticipadas, sin que, de acuerdo con la documentación recabada, hayan sido recuperadas por la Administración (pues no consta que la reclamación amistosa frente a NAMSA cuya activación recomendaba la Abogacía General del Estado haya dado este fruto, ni ha prosperado la demanda dirigida por dicha agencia con el compromiso de retornar las cantidades al Estado español, contra Chapman Freeborn, al haber negado el 29 de enero de 2008 la legitimación activa de la demandante el Tribunal Arbitral constituido *ad hoc*, con sede en París).

- El 10 de noviembre de 2004 se publicó en el BOE el Real Decreto-ley 8/2004, de 5 de noviembre, sobre las indemnizaciones a los participantes en operaciones de paz y seguridad. En él se establece un sistema de indemnizaciones cuando se produzca la muerte o daños físicos o psíquicos a los ciudadanos españoles relacionados en el artículo 2 (entre ellos, los militares), con motivo de su participación en una operación de mantenimiento de la paz, de asistencia humanitaria o en otras de carácter internacional que hayan sido aprobadas específicamente por el Gobierno a estos efectos. Las indemnizaciones previstas en esta norma, que tienen carácter extraordinario y se conceden por una sola vez, sin implicar en ningún caso la asunción de responsabilidad por el Estado, ascienden a 140.000 euros en caso de fallecimiento, fijándose el orden de prelación entre los distintos familiares beneficiarios en el artículo 5.

En el preámbulo del real decreto-ley, se destaca el crecimiento sensible de la presencia internacional de España en las últimas décadas, lo que “se ha traducido en un notable incremento de la presencia de españoles que prestan sus servicios fuera del territorio nacional, en especial en operaciones de paz y seguridad internacionales, asistencia humanitaria o en otras misiones oficiales de representación o de servicio exterior del Estado que se ven expuestos a situaciones de peligro”. Continúa señalando el preámbulo que “la generosa aportación a la paz de todos los participantes en este tipo de misiones ha tenido un luctuoso resultado en pérdida de vidas humanas, que se traduce, actualmente, en más de un centenar de

fallecidos”, considerándose “especialmente doloroso” el accidente del Yak-42 en el que murieron sesenta y dos militares españoles, “sin que tal siniestro estuviese cubierto por un seguro que, lamentablemente, se contrató pero que no era efectivo”. Evitar que pueda volver a repetirse una situación como la que subyace en el asunto remitido en consulta es el objetivo que justifica, según la parte expositiva, la regulación con urgencia de las indemnizaciones que deben corresponder en estos casos, sin perjuicio del reconocimiento con carácter retroactivo de indemnizaciones como consecuencia del fallecimiento y gran invalidez de las personas que se relacionan en la norma (entre las que se encuentran las víctimas del accidente del Yak-42).

Por consiguiente, tuvo lugar la aplicación retroactiva de este real decreto-ley a los familiares de las víctimas de siniestro aéreo ocurrido el 26 de mayo de 2003, identificados en la disposición adicional tercera.

- La concesión a título póstumo de la Medalla al Mérito Ciudadano en su categoría de plata, otorgada por la Comunidad de Madrid a veintiuno de los militares fallecidos ha conllevado una prestación económica única de 30.000 euros.
- Y, finalmente, la declaración en vía civil de la responsabilidad extracontractual solidaria de UM Air y Chapman Freeborn en la producción del accidente ha supuesto la condena a estas entidades al pago de las indemnizaciones fijadas en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zaragoza de 11 de marzo de 2010, incrementadas en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza el 22 de noviembre siguiente en el caso de los familiares de Brigada don Juan José Bonel Suárez. Como se ha puesto de manifiesto en antecedentes, los criterios generales seguidos en la cuantificación de las indemnizaciones reconocidas fueron los siguientes:
 - Se indemnizaba con 60.000 euros a la viuda o pareja de hecho.
 - Los hijos percibían 30.500 euros cada uno, cifra que se elevaba a 31.000 en el caso de hijo único.

- De concurrir con los anteriores, se reconocía a cada padre la cantidad de 8.500 euros. Esta suma se incrementaba a 9.000 euros si los padres concurrían exclusivamente con la viuda o pareja de hecho.
- En ausencia de viuda, pareja de hecho e hijos, la indemnización reconocida a cada padre ascendía a 30.500 euros (o 61.000 euros en el caso de un solo progenitor).
- La indemnización a favor de los hermanos se fijaba en 3.000 euros.

Los cuadros incorporados al expediente en marzo de 2015, resultan de enorme utilidad para comprobar cómo han operado las distintas vías de resarcimiento y cuáles han sido sus resultados. Aun dejando al margen las cantidades abonadas por las Asociaciones Mutuas Benéficas del Ejército de Tierra y del Aire, por el ISFAS y por el plan social del Ejército del Aire, por la escasa cuantía de las mismas, así como la prestación económica derivada de la concesión de la Medalla al Mérito Ciudadano en su categoría de plata, otorgada por la Comunidad de Madrid, a falta de la identificación en el expediente de sus concretos beneficiarios, la información reflejada en dichos cuadros (fruto de la recopilación de los datos obrantes en el procedimiento) pone de relieve que son absolutamente aislados los casos de reclamantes que no se han beneficiado de ninguno de los mecanismos enumerados, dentro del total de doscientos noventa y un peticionarios que iniciaron los expedientes de responsabilidad patrimonial acumulados.

Tales casos no comprenden a ninguno de los cónyuges, hijos o padres de los militares difuntos, todos los cuales han tenido acceso, al menos, a uno –y en muchos casos a varios- de los resarcimientos señalados. Entre los solicitantes no indemnizados por vía alguna, se incluyen familiares más remotos en grado (tías o abuelos), así otros reclamantes en circunstancias excepcionales: doña Esther García García, cuya alegada unión de hecho con don Javier Gómez de la Mano no quedó probada en la causa civil ni lo ha sido en el presente expediente; doña M. Ángeles Sencianes Menor, hermanastra de don José Manuel Sencianes López, cuya pretensión también fue desestimada en vía civil, al haber sido acreditada la mala relación de la víctima con el padre

de ambos; y doña Noelia García Díaz, hermana de don David García Díaz, la cual desistió de la demanda civil, como el resto de familiares de este Soldado.

Aun cuando la pérdida de una vida humana siempre es irremplazable, sí cabe dejar constancia, desde una óptica general, del importante despliegue resarcitorio derivado de los distintos mecanismos que han operado en el presente caso, que han permitido el abono de cantidades a cónyuges o parejas de hecho, hijos, padres, incluso hermanos, acordes o por encima del sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, al que acude el Consejo de Estado en muchas ocasiones de forma orientativa para la determinación de la cuantía indemnizatoria.

En este sentido, dentro del vínculo de sujeción especial que unía a los militares fallecidos con la Administración, además de operar a favor de los familiares la protección de clases pasivas y la derivada de los seguros (tanto el contratado por el Ministerio de Defensa como el que debió suscribirse al amparo del acuerdo de ventas con NAMSA y el contrato marco de esta agencia con Chapman Freeborn), se articuló una vía adicional específica a través del Real Decreto-ley 8/2004, de 5 de noviembre, sobre las indemnizaciones a los participantes en operaciones de paz y seguridad. Y, al margen de dicho vínculo, la declaración de la responsabilidad civil de UM Air y Chapman Freeborn ha tenido como consecuencia el resarcimiento de los mismos daños y perjuicios que ahora se aducen frente a la Administración.

Desde esta perspectiva, no cabe respaldar los razonamientos esgrimidos por algunos reclamantes acerca de la compatibilidad de las indemnizaciones percibidas con la solicitada con fundamento en la responsabilidad patrimonial de la Administración, con vistas a justificar esta última. Y ello por cuanto, sean o no compatibles, lo cierto es que a la aplicación de los regímenes específicos –y, en este caso, a la condena de las entidades civilmente responsables- no puede sumarse una indemnización por

responsabilidad patrimonial de la Administración si con ello se excede, como es el caso, la reparación adecuada de los daños y perjuicios ocasionados.

En definitiva, sin descender –por las razones indicadas- al análisis particularizado de cada pretensión, resulta oponible, con carácter general, el abono por distintas vías a los miembros del núcleo familiar próximo de los militares difuntos, de sumas monetarias aptas para reparar los mismos daños y perjuicios ligados al fallecimiento de los respectivos seres queridos que son aducidos en este expediente.

III. B) Sobre los errores en la identificación de los cadáveres.

Como ha sido señalado, es preciso otorgar un tratamiento específico a la actuación posterior del Ministerio de Defensa en la identificación de los cadáveres, con vistas a dilucidar si tal actuación ha podido generar por sí misma un perjuicio indemnizable al amparo del régimen de responsabilidad patrimonial. A este respecto, debe tenerse en cuenta que tales errores han sido aducidos en varias solicitudes indemnizatorias como fuente de responsabilidad patrimonial de la Administración (siendo don Rafael y don Miguel Ángel Sencianes López, hermanos de Sargento Primero don José Manuel Sencianes López, los únicos que han renunciado expresamente a ser indemnizados por este concepto, aunque lo cierto es que este título de imputación no ha sido invocado ya en el último trámite de audiencia celebrado durante los meses de abril y mayo de 2016 por los interesados que han participado en él).

El punto de partida en el análisis de esta cuestión ha de ser el procedimiento abreviado 295/04. Dicho procedimiento concluyó en virtud de Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 16 de mayo de 2009, por la que los tres comisionados por el Ministerio de Defensa para acudir al lugar del siniestro, identificar los cadáveres y repatriarlos fueron condenados (uno como autor y los otros dos como cómplices) por delito de falsedad en documento oficial, cometido por funcionarios públicos. En el relato de hechos

probados de dicha resolución judicial se exponía cómo se asignaron identidades de forma aleatoria a los treinta cadáveres cuya identificación, debido a su estado, no fue posible mediante el examen visual y la deducción. Por estos hechos, además de la condena penal a los criminalmente responsables, se declaró la responsabilidad civil derivada de delito, fijándose como cuantía única la de 10.000 euros, que se abonaría a los herederos de los fallecidos falsamente identificados para su reparto por partes iguales. Se llama la atención sobre el hecho de que el Tribunal enjuiciador, pese a reconocer que aquellas familias “cuyos parientes estaban correctamente identificados han sufrido cierta zozobra, inquietud o desazón al enterarse de que había identificaciones erróneas”, descartó establecer indemnización a favor de las mismas, pues el daño que habían sufrido no derivaba del hecho ilícito. Finalmente, se consideraba “manifiesta en el caso presente” la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, conforme al artículo 121 del Código Penal.

Dispone el primer párrafo del artículo 121 del Código Penal:

“El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.”

Como señala la Memoria del Consejo de Estado de 1999 en su exégesis del precepto transcrito, éste “mantiene el carácter subsidiario de la responsabilidad, pero sin perjuicio de la derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, exigible conforme a las normas del

procedimiento administrativo, con lo que deja al perjudicado la opción de exigir la responsabilidad de la Administración en el proceso penal –con carácter subsidiario- o bien en vía administrativa –con carácter directo-. Las posibles consecuencias de la dualidad de órdenes jurisdiccionales intervinientes –añade la citada memoria- vienen limitadas por el inciso final del párrafo primero del artículo 121: *“sin que, en ningún caso, pueda darse duplicidad indemnizatoria”*, de modo que la indemnización reconocida en vía penal se tome en consideración para evitar un enriquecimiento injusto.

En el asunto sometido a consulta, el razonamiento indicado conduce a la desestimación de la pretensión indemnizatoria fundada en los errores cometidos en la identificación, constitutivos de un delito de falsedad en documento oficial por funcionarios públicos. Han quedado delimitados en sede penal tanto los perjudicados de la acción criminal (las familias de los militares cuyos cadáveres fueron aleatoriamente identificados) como la cuantía resarcitoria por el daño moral derivado de la prolongación del “duelo complicado” como consecuencia de las falsas atribuciones de identidad (10.000 euros en cada uno de los casos). Asimismo, a raíz de la devolución del expediente por el Consejo de Estado, se ha dejado constancia en el expediente del pago de dicha cantidad por el condenado como autor del delito.

Con el abono de esta suma, cuya eventual insuficiencia no ha sido probada –ni siquiera aducida- en los trámites de audiencia celebrados con posterioridad a la terminación de la causa judicial, puede tenerse por resarcido el concreto daño moral sufrido por las familias víctimas de la incorrecta identificación de los cadáveres. En otras palabras, aun cuando la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración no excluye *per se* la derivada del funcionamiento de los servicios públicos, entra en juego en el asunto examinado el límite que articula la compatibilidad entre ambos sistemas, en la medida en que el reconocimiento de una indemnización adicional por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración generaría la duplicidad vedada por el artículo 121 del Código Penal.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

Que procede desestimar las reclamaciones sometidas a consulta”.

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 20 de octubre de 2016

LA SECRETARIA GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. MINISTRO DE DEFENSA.