



Roj: **STS 6234/2009 - ECLI:ES:TS:2009:6234**

Id Cendoj: **28079130042009100487**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **14/10/2009**

Nº de Recurso: **129/2008**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 5617/2007,**  
**STS 6234/2009**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a catorce de Octubre de dos mil nueve

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, el recurso de casación número 129/08 interpuesto por el Letrado de la Comunidad Autónoma de Canarias en la representación que ostenta contra la sentencia que dictó la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz de Tenerife de fecha 4 de diciembre de 2007 recaída en los autos 526/99. Han comparecido en calidad de parte recurrida en este recurso de casación el Ayuntamiento de la Villa de Garafía representado por el Procurador de los Tribunales D. Jose Carlos Navarro Gutiérrez y el Procurador D. Gustavo Gómez Molero, en nombre y representación de Bayerische Versicherungsbank Aktiengesellschaft, Munich y Allianz Versicherungs-Aktiengesellschaft Sucursal en Baviera, Munich.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el recurso contencioso administrativo 526/99 seguido ante la Sala de dicho orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, se dictó sentencia, con fecha 4 de diciembre de 2007, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "Sin apreciar causa de inadmisibilidad, estimamos en parte el recurso contencioso interpuesto por la representación de las entidades Bayerische Versicherungsbank Aktiengesellschaft y Allianz Versicherungs Aktiengesellschaft contra el acto administrativo impugnado, anulando el mismo por no ser conforme a Derecho, y, en su lugar, se condena, con estimación parcial de la demanda, a la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias a que abone a las entidades actoras, en concepto de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, la cantidad de 169.321.572 ptas., en su equivalencia en euros, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, declarando, a la vez, la falta de legitimación pasiva del Ayuntamiento de Garafía a quien se absuelve de la demanda, todo ello sin hacer expresa imposición de costas".

**SEGUNDO.-** Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación procesal de la Comunidad Autónoma de Canarias se preparó recurso de casación y, teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

**TERCERO.-** Dicha representación procesal, por escrito presentado el 8 de febrero de 2008 formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso-administrativo.

**CUARTO.-** La representación procesal del Ayuntamiento de la Villa de Garafía formaliza, con fecha 6 de noviembre de 2008 escrito de oposición al recurso de casación interesando la desestimación de éste con costas.



La representación procesal de Bayerische Versicherungsbank Aktiengesellschaft y Allianz Versicherungs Aktiengesellschaft formaliza, con fecha 24 de noviembre de 2008 escrito de oposición al recurso de casación interesando la desestimación de éste con costas.

**QUINTO.-** Por providencia de 9 de julio de 2009 se señaló para votación y fallo el día 7 de Octubre de 2009, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente la Excm.a. Sra. D<sup>a</sup>. **Celsa Pico Lorenzo**, Magistrada de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La representación y defensa de la Comunidad Autónoma de Canarias interpone recurso de casación **129/2008** contra la sentencia estimatoria parcial de 4 de diciembre de 2007 dictada por el TSJ de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, en el recurso 526/99 interpuesto por la representación de las entidades Bayerische Versicherungsbank Aktiengesellschaft y Allianz Versicherungs Aktiengesellschaft contra el acto presunto por el que se denegaba el reconocimiento del derecho a la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por el funcionamiento de los servicios públicos. Resuelve la Sala rechazar la falta de legitimación pasiva del Ayuntamiento de Garafía y anular el acto impugnado por no ser conforme a Derecho, condenando a la Comunidad Autónoma de Canarias a que abone a las entidades actoras, en concepto de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, la cantidad de 169.321.572 ptas., en su equivalencia en euros, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.

En el PRIMER fundamento rechaza los óbices procesales planteados respecto a las consecuencias del proceso penal en su día iniciado y declarado prescrito en virtud de sentencia firme de 28 de mayo de 2007 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Santa Cruz de Tenerife. Y acepta la existencia de acto presunto que dejaba expedita la vía jurisdiccional tras la reclamación de las actoras en 16 de octubre de 1998.

Ya en el SEGUNDO, con cita del art. 140.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, LRJAPAC, afirma que lo relevante es que *"formulada por las entidades actoras, en 16 de octubre de 1998, reclamación por responsabilidad patrimonial ante la Presidencia del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias, designando aquéllas la responsabilidad concurrente de la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente, Instituto Canario de Formación y Empleo y Ayuntamiento de Garafía, era inexcusable de todo punto que la Administración de la Comunidad Autónoma, en su calidad de receptora de la reclamación, diera cumplimiento a lo establecido en el art 18.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que tratándose de los procedimientos para exigir la responsabilidad patrimonial en supuestos de concurrencia, impone "preceptivamente" la consulta por la Administración competente para la iniciación, instrucción y decisión del procedimiento a las Administraciones Públicas implicadas en la fórmula colegiada para que expongan cuanto consideren procedente"*. Considera que la omisión del trámite de audiencia en el expediente con respecto al Ayuntamiento de Garafía, al que nunca se le dió audiencia a los efectos indicados, trae consigo la falta de legitimación pasiva de la Entidad Local y no puede revisar jurisdiccionalmente acto alguno de la mencionada Corporación Municipal.

En el TERCERO se pronuncia sobre los presupuestos básicos de la responsabilidad patrimonial.

Ya en el CUARTO resalta como hecho no controvertido por las partes que los daños causados en las instalaciones sitas en el observatorio del Roque de los Muchachos y relativas al proyecto científico HEGRA (High Energy Gamma-Ray Astronomy) el día 16 de octubre de 1997, se produjeron cuando, con ocasión de unas prácticas sobre extinción de incendios que dentro del curso "Trabajador Forestal Cualificado" -patrocinado por el Instituto Canario de Formación y Empleo, promovido por el Ayuntamiento de Garafía y programado por la Agencia de Medio Ambiente, de la Consejería de Política Territorial- se efectuaban en la zona del Roque de los Muchachos, en terrenos cedidos al Astrofísico en régimen de concesión temporal, se procedió a una quema de rastrojos que ordenada a varios alumnos del curso por el director Don Sixto, a la sazón Jefe de la Unidad Insular de Medio Ambiente de La Palma, no fue llevado a cabo con las mínimas condiciones de seguridad, dando ello lugar a que el fuego se extendiera rápidamente y afectara a las instalaciones HEGRA, originando, con mediación siempre del nexo causal, cuantiosos daños en éstas.

En el QUINTO parte de lo dicho en el anterior para, tras rechazar la falta de legitimación pasiva del Ayuntamiento de Garafía, analizar si hay responsabilidad de la administración autonómica por conducta negligente del Director del curso. Afirma que cuando *"el ICFEM, organismo encuadrado en la Consejería de Empleo y Asuntos Sociales, procedió a resolver un concurso público que había sido convocado por Orden de 9 de julio de 1997 del Consejero de Empleo, para la concesión de subvenciones dirigidas a financiar el coste de cursos individualizados de Formación profesional ocupacional, en el marco del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional, resultando ser uno de los beneficiarios de aquéllas el Ayuntamiento de Garafía en su condición de Centro*



*Colaborador homologado por el ICFEM en la especialidad de "Trabajador Forestal Cualificado", no desempeñó el meritado organismo de la Consejería de Empleo y Asuntos Sociales más que una simple actividad de fomento, correspondiéndole únicamente la gestión, evaluación y seguimiento de los cursos individualizados de formación normalmente impartidos por Centros Colaboradores pertenecientes a entes públicos o privados, así como la financiación de los gastos de los cursos mediante subvenciones, si bien con las obligaciones por parte de dichos Centros de Colaboración de someterse a las actuaciones inspectoras del ICFEM y de proporcionar a este organismo cuanta información le fuese solicitada sobre la marcha de la acción formativa (art 29.5 y 8 del Decreto Territorial 70/1996, de 18 de abril).*

Añade que las realizadas por la Unidad Insular de Medio Ambiente de La Palma, integrada en la Viceconsejería de Medio Ambiente del Gobierno de Canarias "en cuanto que independientemente de que el Delegado Insular de la mencionada Viceconsejería y luego la propia Unidad Insular habían autorizado, ya desde los meses de agosto y octubre de 1996, al Ayuntamiento de Garafía para desarrollar las prácticas de los cursos de formación en espacio de monte público y utilizar determinadas instalaciones al efecto, proporcionándoles también a dicha Entidad Local el material necesario para los trabajos de campo, sin que conste que tales autorizaciones hubieran perdido virtualidad en momento alguno, lo realmente importante es que habiendo reconocido el Ingeniero Técnico Forestal Sr. Sixto , director del curso, en la fase probatoria de este recurso jurisdiccional que la Viceconsejería de Medio Ambiente no sólo colaboró con el Ayuntamiento de Garafía, suministrándole material y personal para la realización del curso, sino que además tuvo conocimiento, a través del propio Jefe de la Unidad Insular de Medio Ambiente, de que se iba a acometer la práctica denominada "contrafuego", hechos éstos a los que se vino a unir también la comunicación del Alcalde del Ayuntamiento de Garafía al Jefe del Servicio de la Unidad Insular de Medio Ambiente de La Palma en orden a que la actividad docente del curso "Trabajador Forestal Cualificado" sería impartida por Don Sixto , en su calidad de funcionario de la Viceconsejería de Medio Ambiente del Gobierno de Canarias, siendo éste, junto con un capataz del mismo organismo, los monitores del curso y para lo cual el Sr. Sixto contaba con la autorización de la Administración para realizar el curso fuera de las horas de su jornada funcional de trabajo, deviene lógicamente de todas estas vicisitudes que aun cuando el referido monitor principal actuara, al tiempo de la ejecución material de los hechos causantes del daño motivador de la reclamación por responsabilidad patrimonial, como profesor contratado por el Ayuntamiento de Garafía para impartir un curso de formación, lo decisivo, esencial y determinante para su contratación fue su condición de funcionario de la Consejería de Medio Ambiente, dada la experiencia que reunía en la materia objeto del curso y no ser tampoco la enseñanza a él encomendada totalmente ajena a los cometidos que le correspondían como tal funcionario, aserto éste que recogido expresamente en la propuesta de resolución formulada, con motivo del conflicto de competencias suscitado entre Consejerías, por la misma Secretaría General del Gobierno de Canarias, en 19 de febrero de 1999, lo hace enteramente suyo esta Sala, al entenderse que el agente de la Administración, cuando incidió en su negligente conducta, no impeditiva de la expansión del fuego por quema de rastrojos en terrenos cedidos en concesión temporal al Astrofísico, y que obedeció a falta de adopción de las pertinentes medidas de seguridad, no actuó desconectado total y absolutamente de la Administración de la Comunidad Autónoma y sin relación alguna con el ejercicio de las labores propias de su cargo de funcionario público, máxime si se tiene en cuenta que el siniestro tuvo origen en un incendio producido en el transcurso de la clase práctica de un curso dirigido a la formación de trabajadores forestales cualificados en monte público y que habían de integrarse en el futuro en los servicios de prevención y extinción de incendios de la Viceconsejería de Medio Ambiente, de ahí que en méritos de estas consideraciones, se obtenga la conclusión de que los daños causados en las instalaciones HEGRA no obedecieron a un actuar del agente o funcionario director del curso que estuviese desligado absolutamente de la custodia de la Administración en la que estaba integrado y a la que pertenecía, siendo precisamente atribuible el daño a la organización de la Administración en cuanto tal, toda vez que como titular de la misma, le es imputable no sólo el mal funcionamiento del servicio público (culpa in committendo o por acción positiva), sino también el no funcionamiento del mismo (culpa in ommittendo, abstencionismo cuando existe un deber funcional de actuar) y el funcionamiento defectuoso o falta al deber de diligencia funcional."

En el SEXTO acepta como cuantía de los daños la tasación pericial practicada en el proceso penal previo al no haber propuesto la administración prueba alguna que la desvirtuara.

**SEGUNDO.**- 1. Un primer motivo, al amparo del art. 88.1.c) LJCA , en un epígrafe A) atribuye a la sentencia incongruencia omisiva al no resolver sobre la excepción procesal de litis consorcio pasivo necesario y quebranto de la relación jurídico procesal al no llamar a todos los interesados o posibles afectados.

Rechaza el contenido del auto de 18 de mayo de 2000 que resuelve el recurso de súplica formulado contra el auto de 27 de abril de 2000 recibiendo el proceso a prueba. Añade la ausencia de resolución sobre inexistencia de acto presunto impugnado de contrario. También la falta de legitimación activa de los actores por no haber pagado totalmente las indemnizaciones reclamadas conforme al art. 43.1. Ley 50/1980, de 8 de octubre , contrato de seguro.



Bajo un epígrafe B) imputa a la sentencia incongruencia interna al no determinar individualmente los daños y perjuicios causados basándolos en un dictamen de perito judicial evacuado en el orden penal sin audiencia de las partes en el orden contencioso administrativo.

1.1. Objeta el motivo la Corporación local manifestando que al contestar la demanda la administración autonómica solicitaba textualmente: "se declare la inadmisibilidad o, caso de no estimarse los defectos procesales alegados, la desestimación del recurso contencioso, confirmado en todas sus partes el acto administrativo impugnado".

Sostiene que si el Ayuntamiento ejercía una función meramente auxiliar, con obligación de remitir toda la documentación al ICFE de la Comunidad Autónoma, ninguna relevancia tiene el hecho de que dicho Ayuntamiento no aportara al procedimiento el expediente administrativo, pues éste ya constaba en el Instituto Canario de Formación y Empleo, luego pudo aportarlo la propia Comunidad Autónoma.

1.2. La defensa de las aseguradoras se opone al motivo que fue resuelto por auto de 18 de mayo de 2000 . Adiciona que en el escrito de contestación a la demanda no se hizo planteamiento de la excepción por lo que constituye cuestión nueva. Mantiene no guarda relación alguna con las cuestiones debatidas así como que carece de fundamento. Rechaza también la pretendida incongruencia interna por carecer de fundamento y ausencia de razonamiento.

2. Un segundo motivo al amparo del art. 88.1.d) LJCA sostiene infracción de los arts. 106.2 y 117.3 de la Constitución en relación con los arts. 139 y ss. de la Ley 30/92, LRJAPAC , y del principio general del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa durante la vigencia de la Ley de 27 de diciembre de 1956 , al declarar dirimida una controversia jurídica, no resuelta en vía administrativa al haber estado suspendida la tramitación del expediente de reclamación patrimonial mientras se sustanciaban en vía penal.

a) Aduce que la controversia estuvo suspendida en vía administrativa mientras se sustanciaba el proceso penal. Mas tras exponer los elementos de la responsabilidad patrimonial sin referencia alguna a lo declarado por la sentencia concluye que "procede destacar que en el concepto de "efectividad" exigido por la norma legal no se permite incluir en su ámbito los daños hipotéticos, eventuales, futuros o simplemente posibles, así como los contingentes, dudosos o presumibles, correspondiendo la prueba de su existencia y "efectividad", así como el nexo de causalidad, con la actividad de la Administración demandada, al que afirma su producción. Lo que no ha acontecido en el proceso en el que recae la Sentencia y pronunciamiento objeto de este recurso".

b) Adiciona los arts. 9.3, 106.2, 117.3 de la Constitución en relación con el art. 146.2 de la Ley 30/1992. Aquí niega la existencia de acto tácito al tiempo que afirma que hay arbitrariedad de los poderes públicos "con quebranto del principio de legalidad democrática procesal, con sentencias que se apartan sin motivación del debate procesal entre las partes, al no resolver todas y cada una de las excepciones procesales formalizadas en tiempo y forma, no examinar si fueron llamados al proceso todas las personas que pudieran ser afectadas por la resolución que ponga fin a la vía judicial, tener como prueba decisiva la pericial traída de las diligencias en el orden penal, y dictar sentencia sin previa audiencia o valoración de tal pericial en el presente proceso".

c) También infracción por inaplicación del art. 43, primer párrafo, de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro .

d) Añade quebrantamiento del art. 139.1 de la Ley 29/1992, de 26 de noviembre, LRJAPAC , y preceptos concordantes, así como la jurisprudencia que lo interpreta y aplica, en cuanto configura el derecho a la indemnización por lesión en bienes o derechos con la condición de que se acredite el nexo causal entre la actuación administrativa y el daño o perjuicio causado en el patrimonio del reclamante, lo que aquí no ha acontecido porque el procedimiento administrativo no se pudo culminar por estar suspendido por las actuaciones en el orden penal, que se resuelven en el presente año 2007, y dada la tramitación avanzada del proceso en el orden contencioso administrativo con un objeto procesal a nuestro criterio inexistente.

e) Sostiene aplica indebidamente el art. 140 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJAPAC , con la reforma introducida por la Ley 4/1999 , en la redacción posterior al incendio del que se infieren los daños que aconteció el 16 de octubre de 1997, para exonerar de responsabilidad al Ayuntamiento de Garafía que fue el que promovió y organizó el curso, y en consecuencia determinó la actividad administrativa -lugar, fecha, duración, contenido, forma de realizar la práctica, etc.

f) También alega infracción del art. 18.2 del RD 42/1993, de 26 de marzo . Defiende que la consulta al Ayuntamiento de Garafía por la Presidencia del Gobierno de Canarias puede producirse aún en un procedimiento administrativo suspendido por la tramitación de un proceso penal resuelto en el pasado año 2007.



g) Y por último, violación de los dos apartados del art. 24 de la Constitución, en sus dos apartados, al quebrantar la sentencia el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la tramitación del procedimiento con todas las garantías procesales, al no aportarse al proceso el expediente administrativo del Ayuntamiento de Garafía que se pidió expresamente y se recurrió la denegación con la pertinente protesta formal. Añade por no llamar al proceso a la Compañía Aseguradora de la actividad desplegada por el Ayuntamiento de Garafía de organización y dirección del curso, poniendo los terrenos en los que se realizó el cortafuego que finalmente resultó ineficaz.

2.2. La defensa de las aseguradoras mantiene que no guardan conexión entre si las infracciones que se denuncia que constituye una mezcolanza heterogénea no sólo carente de razonamiento sino con ausencia de relación alguna entre las citas hechas con las cuestiones debatidas.

**TERCERO.-** 1. A la vista del planteamiento del recurso procede, pues, lo primero, recordar la esencia constitucional de la congruencia.

Partimos de que el Tribunal Constitucional ha dicho que la incongruencia consiste en la ausencia de respuesta a las pretensiones de las partes, es decir un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones (STC 36/2006, de 13 de febrero ).

La citada doctrina distingue entre lo que son meras alegaciones formuladas por las partes en defensa de sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (STC 189/2001, 24 de septiembre ). Son sólo estas últimas las que exigen una respuesta congruente ya que no es preciso una respuesta pormenorizada de todas las cuestiones planteadas (STC 36/09, de 9 de febrero ), salvo que estemos ante una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes (STC 4/2006, de 16 de enero ). E insiste en que es una categoría legal y doctrinal cuyos contornos no corresponde determinar al citado máximo intérprete constitucional (STC 8/2004, de 9 febrero ). Cabe, además, una respuesta de forma tácita o implícita obtenida del conjunto de razonamientos (STC 29/2008, de 20 de febrero ). No cabe un desajuste entre el fallo y las pretensiones de las partes que contravenga los razonamientos expuestos para decidir (STC 114/2003 de 16 de junio ). Y, en todo caso el silencio judicial debe referirse "a extremos que de haber sido considerados en la decisión hubieran podido determinar un fallo distinto al pronunciado, pues en caso contrario la falta de respuesta carecería de relevancia material" (STC 139/2009, de 15 de junio ).

Constatamos que no es necesaria una correlación literal entre el desarrollo argumentativo de los escritos de demanda y de contestación y el de los fundamentos jurídicos de la sentencia. Podemos, por ello, resumir la doctrina de esta Sala sobre la materia en:

a) Se incurre en el vicio de incongruencia tanto cuando la sentencia omite resolver sobre alguna de las pretensiones y cuestiones planteadas en la demanda (STS de 8 de julio de 2008, rec. casación 6217/2005, STS 25 de febrero de 2008, rec casación 3541/2004 ), es decir la incongruencia omisiva o por defecto; como cuando resuelve sobre pretensiones no formuladas, o sea incongruencia positiva o por exceso (sentencias de 20 de septiembre 2005, rec. casación 3677/2001, de 5 de diciembre de 2006, rec. casación 10233/2003 y 20 de junio de 2007, rec. casación 11266/2004 ).

b) El principio de congruencia no se vulnera por el hecho de que los Tribunales basen sus fallos en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes (STS 17 de julio de 2003, rec. casación 7943/2000 ). En consecuencia el principio "iuris novit curia" faculta al órgano jurisdiccional a eludir los razonamientos jurídicos de las partes siempre que no altera la pretensión ni el objeto de discusión.

c) Es suficiente con que la sentencia se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas (STS 3 de noviembre de 2003 , rec. casación 5581/2000). Cabe, por ello, una respuesta global o genérica, en atención al supuesto preciso, sin atender a las alegaciones concretas no sustanciales.

d) No incurre en incongruencia la sentencia que otorga menos de lo pedido, razonando porqué no se concede el exceso (STS 3 de julio de 2007 , rec. casación 3865/2003).

e) No cabe acoger un fundamento que no se refleje en la decisión ya que la conclusión debe ser el resultado de las premisas establecidas (Sentencias de 27 de enero de 1996, rec. de casación 1311/1993 ).

f) Es necesario que los argumentos empleados guarden coherencia lógica y razonable con la parte dispositiva o fallo, para no generar incoherencia interna, pues de no haberla se genera confusión (STS 23 de abril de 2003, rec. de casación 3505/1997 ). Contradicción entre fallo de la resolución y su fundamentación reputada por el Tribunal Constitucional defecto de motivación lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva y no vicio de incongruencia (STC 127/2008, de 27 de octubre , FJ2).

La importancia de juzgar dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición ya era un requisito destacado por el art. 43 LJCA 1956 .



Precepto ahora reproducido en el art. 33 LJCA 1998 en relación con el art. 65.2 de la misma norma, con un tenor similar en el redactado, que obliga a someter a las partes los nuevos motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición en que pretenda fundar su resolución. Disposiciones una y otra encaminadas a preservar el principio de contradicción como eje esencial del proceso.

**CUARTO.-** Si atendemos a lo acabado de exponer debe decaer el primer motivo del recurso en sus distintos apartados.

No cabe atribuir incongruencia omisiva a una sentencia que afirma no resuelve sobre una pretendida excepción de litisconsorcio pasivo necesario cuando de la lectura de la contestación de la demanda se desprende de forma clara y rotunda que en modo alguno fue suscitada. Ni se opuso en la argumentación, ni en los fundamentos de derecho ni tampoco en su suplico. El citado suplico pretendía una declaración de inadmisibilidad al amparo del art. 69 c) y e) en relación art. 25 LJCA, apoyado en la inexistencia de acto presunto impugnado de contrario, o subsidiariamente, la desestimación del recurso. Previamente había alegado la necesidad de fijar los hechos en el orden penal. Negó también la legitimación activa a los actores por no haber pagado totalmente las indemnizaciones y no operar la subrogación del art. 43.1 de la Ley 50/80, de 8 de octubre, Contrato de Seguro. Adujo asimismo, sin precepto alguno en que amparar la argumentación, falta de legitimación pasiva.

Lo impugnado en el recurso de súplica presentado el 5 de mayo de 2000 es el auto de 27 de abril anterior acordando el recibimiento del proceso a prueba que es desestimado el 18 de mayo de 2000 en el sentido. *"Formulada la demanda sin la presencia del expediente del Ayuntamiento de Garafía y contestada aquélla por la Comunidad Autónoma sin hacer valer la ausencia del mencionado expediente, que tampoco lo interesó la parte actora, no se está en el caso del art. 53.2 de la vigente Ley Jurisdiccional y sólo procede ahora solicitar tal expediente en período probatorio si conviniere al derecho de las partes".*

Debe insistirse en que el respeto a los estrictos límites del recurso de casación veda que se introduzca en sede casacional un motivo de discusión que no fue objeto de debate en instancia.

2. Tampoco prospera la esgrimida incongruencia interna al no existir discordancia alguna entre los razonamientos jurídicos y el fallo de la sentencia. No cabe residenciar bajo tal vicio el hecho de que la Sala de instancia declare como cuantía indemnizatoria de la responsabilidad patrimonial la cifra derivada del resultado de la prueba pericial practicada en un proceso penal previo.

El Tribunal de Canarias para llegar a la cuantificación indemnizatoria atiende a lo reclamado por la parte actora con fundamento en la prueba practicada en las diligencias previas 573/1997 seguidas ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de los Llanos. El citado medio de prueba petitionado por la parte actora como prueba documental fue aceptado por el Tribunal de instancia sin que por la administración autonómica se interesara la práctica de probanza alguna desvirtuadora.

El silencio al respecto mantenido en instancia por la administración autonómica no puede ser ahora subsanado en sede casacional bajo el argumento de que ha sido traído a los autos del orden contencioso-administrativo sin audiencia de las partes sobre su contenido conculcando los derechos de defensa. No debe olvidarse que el Tribunal Constitucional ha insistido en que la negligencia, error técnico o impericia de la parte perjudicada no goza de amparo constitucional (STC 104/2001, de 23 de abril, con cita de otras muchas). Por tanto, no se está en el supuesto al que se refiere la reciente STC 139/2009, de 15 de junio, declarando la existencia de incongruencia omisiva por no haber valorado, ni expresa ni tácitamente, determinadas pruebas admitidas y practicadas en el seno del proceso y, en cambio, haber atendido a reproducir la motivación de una sentencia dictada en otro proceso.

3. Insiste la Comunidad Autónoma de Canarias en atribuir falta de legitimación activa a la parte actora reproduciendo los mismos argumentos utilizados en la contestación a la demanda. Olvida con ello que no cabe en el recurso de casación la reiteración literal de lo vertido en instancia sino que deben combatirse los argumentos de la sentencia. Y, además, no tiene en cuenta que la ausencia de legitimación, en su caso, habría de articularse al amparo de la letra d) del art. 88.1. y no bajo el apartado c) reservado a los quebrantamientos de las normas que rigen la forma de las resoluciones judiciales, o las infracciones de las normas que rigen los actos y garantías procesales.

No prospera el motivo.

**QUINTO.-** Con carácter previo al exámen del segundo motivo hemos de reiterar la doctrina de este Tribunal sobre que el recurso de casación es la herramienta prevista por nuestro ordenamiento procesal para la revisión de los criterios interpretativos utilizados por órganos jurisdiccionales inferiores en grado. Se trata de lograr por tal medio una función uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación del derecho efectuado por las Salas de instancia a fin de obtener la unidad del ordenamiento jurídico.

No constituye, por tanto, una segunda instancia en que quepa reproducir los argumentos vertidos en instancia ni menos aún introducir cuestiones nuevas no suscitadas ante la Sala cuya sentencia se recurre. Los preceptos que se aduzcan como vulnerados o la jurisprudencia quebrantada debe haber sido aplicados por la sentencia o esgrimidos al formular la demanda o contestarla.

Y la notoriedad de la naturaleza extraordinaria y formal del recurso de casación no solo exige su fundamentación en los motivos taxativamente establecidos en el art. 88 de la LJCA que deben argumentarse debidamente conforme a lo establecido en los preceptos reguladores y la jurisprudencia que los interpreta sino que, además, exige combatir los argumentos de la sentencia.

**SEXTO.-** Si atendemos a lo expuesto en el razonamiento anterior no puede prosperar el segundo motivo por varias razones.

1. Hace prolijos argumentos respecto de preceptos relativos a la responsabilidad patrimonial sobre los que nada dijo al contestar la demanda que residenció esencialmente en la invocación de defectos procesales, con cita de la LJCA 1998, así como de la LRJAPAC en lo relativo al acto presunto mas sin mención alguna a precepto relativo a la regulación de la responsabilidad patrimonial en la LRJAPAC, en la Constitución o en el Real Decreto 42/1993 .

2. No realiza una critica de los argumentos de la sentencia. Aunque la sentencia si hace mención al RD 42/1993 y a los preceptos de la LRJAPAC reguladores de la responsabilidad patrimonial, lo cierto es que bajo el enunciado del batiburrillo de artículos mencionados en el encabezamiento del motivo no procede a combatir los argumentos de la sentencia sino a exponer o desarrollar, parcialmente, el contenido de los mismos sin que, además, guarden lógica alguna con el enunciado que debería razonar como es obligado en el recurso de casación. Así acontece con la mención al carácter revisor de la jurisdicción en relación con la suspensión de la tramitación del expediente mientras se sustanciaba en vía penal para acabar manifestando que no cabe daños hipotéticos.

3. Efectúa asertos inveraces al imputar a la sentencia "quebranto de la legalidad democrática procesal" por apartarse del debate entre las partes, no llamar al proceso a todas las personas y dictar sentencia sin previa audiencia de la pericial en la causa. Tales cuestiones han sido resueltas y desechadas en el anterior motivo y, en todo caso, constituirían quebrantamientos de forma, articulables por la letra c) y no de fondo, argüibles por la letra d) del art. 88.1. LJCA .

4. Es consustancial a nuestro sistema distinguir entre la legitimación para el proceso que exige reunir las cualidades necesarias para comparecer ante los tribunales y la legitimación para un asunto concreto.

Esta última requiere para que la pretensión procesal pueda ser enjuiciada en cuanto al fondo y para que la oposición y las excepciones a la misma puedan hacerse valer, que las partes ostenten legitimación procesal. Ello significa que se encuentren en una determinada relación con el objeto del litigio en virtud de la cual dichas personas sean las llamadas a ser partes (activa o pasiva) en el proceso de acuerdo con los criterios para el reconocimiento del derecho a impetrar la tutela judicial establecida en la ley según los distintos órdenes jurisdiccionales.

La legitimación activa, que aquí fue negada en instancia y, sobre la que se insiste en el motivo de casación con invocación del art. 43.1 de la Ley 50/1980 , es una relación fijada por la ley entre una persona física o jurídica y el contenido de la pretensión necesaria para que aquélla pueda ejercitarla ante los tribunales de justicia.

En el orden contencioso-administrativo la legitimación activa se defiende, según una consolidada jurisprudencia de este tribunal, en consideración a la titularidad de un derecho o interés legítimo que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de suerte que, de estimarse ésta, se produzca un efecto positivo o beneficio o la eliminación de un efecto negativo o perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial. Esta ventaja ha de ser concreta y efectiva.

Es cierto que la Sala de instancia no resuelve expresamente, desechándola, sobre la atribuida ausencia de legitimación activa de la recurrente a la que se imputa no haber pagado totalmente las indemnizaciones reclamadas en el momento de formular la demanda por lo que, defendía la recurrente, no operaba la subrogación legal del art. 43.1. de la Ley 40/80 : "*El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización .*"

No obstante, cabe entender se produjo un rechazo implícito desde el momento en que entró a conocer del asunto a la vista de la documentación aportada con la demanda afirmando en el fundamento sexto de la sentencia que había operado la subrogación. No otra cosa cabe deducir del aserto "*al actuar las empresas aseguradores demandantes como subrogadas en los derechos de la propiedad del proyecto Hegra desarrollado*



*en el observatorio del Roque de los Muchachos, solamente pueden aquellas reclamar validamente en juicio la expresada cantidad de 169.321.572 pesetas, quedando marginado cualquier exceso de esa cantidad que hubieran podido reembolsar a sus asegurados, al ser una cuestión que excede del ámbito de la responsabilidad patrimonial de la administración, por ser propia de la relación contractual que medie entre aquellos y las compañías aseguradoras".*

Significa, pues, se dan las circunstancias necesarias para ser considerada parte legítima, en términos de un precepto incorporado a la LEC 2000 aunque inexistente en la LEC 1881. Su art. 10 establece que " *serán consideradas partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso*".

5. Niega la existencia del nexo causal, pero en lugar de combatir los razonamientos de la sentencia que lo establecen, aspecto al que ha de limitarse el recurso de casación, vuelve a insistir en que el procedimiento administrativo no se culminó por estar paralizado a causa de la existencia del proceso penal. Aserto parcialmente incierto pues la paralización esencial derivó del conflicto negativo de competencias suscitado entre distintos órganos de la administración autonómica.

6. Invoca la lesión del art. 140 LRJAPAC, mas no efectúa un razonamiento crítico de la sentencia. Se trata de un precepto esgrimido por la parte actora en instancia respecto del que nada opuso, la aquí recurrente, al contestar la demanda y que no es utilizado por la Sala de instancia para dictar su pronunciamiento.

7. Pretende reabrir el debate procesal resuelto en instancia aportando argumentos nuevos mediante la imputación de la responsabilidad al Ayuntamiento de Garafía en lugar de atacar los argumentos de la sentencia que establecen el nexo causal de la responsabilidad residenciado en la administración autonómica.

8. Introduce una cuestión nueva, la reanudación de consulta entre administraciones públicas respecto a la que no solo nada argumentó al contestar la demanda sino que tampoco combate el razonamiento de la sentencia que lo considera ineludible.

9. Plantea como infracción sustantiva amparada en el art. 24 CE, la pretendida ausencia de llamada al proceso de la aseguradora del Ayuntamiento de Garafía y del expediente de este último. Esta última cuestión ya ha sido planteada en el motivo c) y rechazada. Y, desde luego, no se trata de un quebranto de norma jurídica sustantiva sino, que, en su caso, debería haber sido invocada al amparo de la letra c).

No prospera el motivo.

**SEPTIMO.-** Las valoraciones anteriores obligan, conforme a lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley de la Jurisdicción, a declarar no haber lugar al recurso de casación, con expresa condena en costas a la parte recurrente. Y al amparo del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción se señala como cantidad máxima a reclamar 2.000 euros, a cada una de las partes recurridas. Todo ello en atención; a), a que las costas se imponen por imperativo legal, y en tales casos esta Sala de acuerdo además con las normas del Colegio de Abogados de Madrid, exige una especial moderación; y b), a que la actividad de las partes se ha referido a motivos de casación sin especial complejidad. Obviamente sin perjuicio de que el Letrado pueda interesar de su cliente la cantidad que estime proceda.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

## FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación y defensa de la Comunidad Autónoma de Canarias contra la sentencia estimatoria parcial de 4 de diciembre de 2007 dictada por el TSJ de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, en el recurso 526/99 interpuesto por la representación de las entidades Bayerische Versicherungsbank Aktiengesellschaft y Allianz Versicherungs Aktiengesellschaft contra el acto presunto por el que se denegaba el reconocimiento del derecho a la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por el funcionamiento de los servicios públicos. Resuelve la Sala rechazar la falta de legitimación pasiva del Ayuntamiento de Garafía y anular el acto impugnado por no ser conforme a Derecho, y condenar a la Comunidad Autónoma de Canarias a que abone a las entidades actoras, en concepto de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, la cantidad de 169.321.572 ptas., en su equivalencia en euros, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, la cual se declara firme con expresa imposición de costas en los términos reflejados en el último fundamento de derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos  
**PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mi la Secretaria, certifico.