



Roj: **SAN 4504/2013 - ECLI:ES:AN:2013:4504**

Id Cendoj: **28079230072013100465**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **28/10/2013**

Nº de Recurso: **460/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **ERNESTO MANGAS GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4504/2013,**
STS 5006/2015

SENTENCIA

Madrid, a veintiocho de octubre de dos mil trece.

La **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional [**Sección Séptima**] ha pronunciado la siguiente Sentencia en el **recurso contencioso-administrativo núm. 460/2011**, interpuesto por «**INSTALAZA, S. A.**», representada por el Procurador de los Tribunales D. Rafael Gamarra Megías, con asistencia letrada, contra la «Orden de 5 de septiembre de 2011 [Ministerio de la Presidencia] por la que se resuelve la reclamación de **responsabilidad patrimonial** formulada por D. Heraclio , en nombre y representación de **INSTALAZA, S. A.**, como consecuencia del Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 11 de julio de 2011, por el que se establece una moratoria unilateral respecto de las municiones de racimo»; habiendo sido parte demandada la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado. **Cuantía** : 59.905.880,48 Euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Mediante Orden del Ministerio de la Presidencia, de 5 de septiembre de 2011, se procedió a la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada con fecha de 08 de julio de 2009 por D. Heraclio , en nombre y representación de «**INSTALAZA, S. A.**» [C. I. F.: A 50002609], por la que solicitaba una indemnización por los perjuicios causados a consecuencia del Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de julio de 2011, por el que se estableció una moratoria unilateral respecto de las municiones de racimo, aduciendo que la aplicación del mentado acuerdo le impedía a esta sociedad continuar con la fabricación y comercialización del producto «MAT-120».

A través de la mencionada Orden Ministerial se desestimó la reclamación planteada, de conformidad con la propuesta formulada por los Departamentos Ministeriales relacionados con la misma [Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación; Ministerio de Defensa, y Ministerio de Industria, Turismo y Comercio], y de conformidad también con el dictamen del Consejo de Estado.

SEGUNDO: Con fecha de 26 de septiembre de 2011, el Procurador de los Tribunales D. Rafael Gamarra Megías, actuando en nombre y representación de «**INSTALAZA, S. A.**», interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional **recurso contencioso-administrativo** frente a la mencionada Orden del Ministerio de la Presidencia de 05 de septiembre de 2011.

TERCERO: El recurso contencioso-administrativo así planteado fue admitido a trámite por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional [Sección 7ª] mediante decreto de 30 de septiembre de 2011 [Recurso Contencioso-Administrativo núm. 460/2011]. Mediante escrito presentado el 05 de diciembre de 2011, la Abogacía del Estado planteó la incompetencia de esta Sala para conocer del recurso. Tras los



trámites de ley, la Sala declaró su falta de competencia para conocer del recurso y procedió a elevar las actuaciones a la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que por auto de 24 de mayo de 2012 [rectificado por otro de 04 de octubre de 2012], acordó que no había lugar a la aceptación de la competencia de dicha Sala para conocer del recurso, procediendo a devolver las actuaciones a la Sala de procedencia.

Una vez recibido el expediente administrativo y su ampliación, se dio traslado a la parte actora para que formalizara la **demanda**, lo que efectuó mediante escrito presentado con fecha de 25 de enero de 2013, en el que, tras la exposición de los hechos y de los correspondientes fundamentos de derecho, terminó suplicando a la Sala:

« i. Declarar la existencia de **responsabilidad patrimonial** de la Administración General del Estado en relación con todos los daños y perjuicios derivados para **INSTALAZA** de la Moratoria Unilateral y de la Convención, en cuanto supusieron la conversión del MAT-120 en *res extra commercium* y, consecuentemente con ello, declarar el derecho de la Sociedad a percibir la indemnización correspondiente al resarcimiento de los perjuicios citados. ii. Condenar a la Administración General del Estado a abonar a **INSTALAZA** la **indemnización** correspondiente a los perjuicios derivados para la Sociedad de la Moratoria Unilateral y de la Convención, en cuanto supusieron la conversión del MAT-120 en *res extra commercium*, en los términos expuestos en el presente escrito, esto es, condenando a abonar la indemnización cuantificada para el escenario máximo y, en su defecto y subsidiariamente, para el escenario razonable o para el escenario mínimo. Cantidades que, en todo caso, deberán incrementarse con los intereses de demora correspondientes. iii. Condenar en **costas** a la Administración Pública demandada.»

CUARTO: A continuación, mediante auto de 28 de enero de 2013, se dio traslado a la Abogacía del Estado para la contestación a la demanda, y con fecha de 08 de febrero de 2013 presentó escrito de **alegaciones previas**, al considerar que concurría, en el presente recurso núm. 07/460/2011, la «excepción procesal de **litispendencia**», con respecto al recurso contencioso-administrativo núm. 2/189/2012, seguido ante la Sala Tercera [Sección 4ª] del Tribunal Supremo frente a la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial cuya desestimación expresa se impugna en el presente recurso jurisdiccional. Mediante auto de 13 de marzo de 2013, la Sala procedió a la **desestimación de la alegación previa** formulada por la Administración demandada, al haberse acreditado mediante copia de Decreto de la Secretaría de la Sección 4ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 25 de febrero de 2013, la terminación del recurso 002/0000189/2012, por desistimiento de la parte recurrente, **INSTALAZA**, S. A. En el mismo auto se confirió nuevamente traslado a la Abogacía del Estado, para la **contestación a la demanda**, lo que realizó mediante escrito presentado con fecha de 23 de mayo de 2013, en el cual expuso los hechos y sus correspondientes fundamentos de derecho, solicitando que se dicte sentencia desestimando el recurso jurisdiccional, por considerar que la resolución impugnada es ajustada a derecho.

QUINTO: Mediante Auto de 04 de mayo de 2013 se fijó la **cuantía** del proceso y se recibió el mismo a **prueba**. Mediante auto de 02 de julio de 2013, se procedió a la admisión de la prueba documental propuesta por la parte actora, consistente en los documentos adjuntados con la demanda. Una vez formalizado por la parte actora el trámite de **conclusiones**, y al no constar formalizado en plazo el mismo trámite deferido a la parte demandada, se declararon conclusas las actuaciones mediante diligencia de ordenación de 24 de septiembre de 2013. Y mediante providencia de 27 de septiembre de 2013, se señaló para **votación y fallo** el día 24 de octubre de 2013, fecha en la que tuvo lugar, luego de disponer mediante diligencia de ordenación de 30 de septiembre de 2013 la unión del escrito de conclusiones presentado por la Abogacía del Estado con fecha de 27 de septiembre anterior. Con lo cual, quedó el recurso visto para sentencia, de la que ha sido Ponente el Magistrado D. ERNESTO MANGAS GONZALEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Objeto del recurso contencioso-administrativo.

Es **objeto de impugnación** [art. 25, Ley 29/1998, de 13 de julio] la «Orden de 5 de septiembre de 2011 [Ministerio de la Presidencia] por la que se resuelve la reclamación de **responsabilidad patrimonial** formulada por D. Heraclio, en nombre y representación de **INSTALAZA**, S. A., como consecuencia del Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 11 de julio de 2011, por el que se establece una moratoria unilateral respecto de las municiones de racimo», a la que ya se ha hecho referencia, y que sustancialmente se basa en las siguientes consideraciones:

Respecto de la actuación del Ministerio de Defensa:



-Que el Acuerdo del Consejo de Ministros se acomoda al mandato de la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, y al desarrollo legítimo de las funciones que tiene encomendadas en materia de política exterior y de defensa, por aplicación del art. 97 CE .

-Que aunque el Acuerdo adoptado pudiera tener consecuencias económicas desfavorables para la reclamante, su aplicación no puede dar lugar a la responsabilidad del Estado, al tener los afectados la carga de soportarlo, y al no derivar de medidas singulares adoptadas por el Gobierno respecto de determinados particulares.

-Que, por tanto, existe una causa de justificación que conlleva el deber jurídico de soportar el posible daño, de forma que "...la reclamación no puede encontrar amparo en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 , encontrándonos ante medidas legales de limitación del contenido de un derecho, que aunque pueda implicar limitación de facultades, no pueda dar lugar a una compensación económica de carácter indemnizatorio, al faltar la antijuricidad del daño".

B) Respetto de la actuación del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación:

-Que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de julio de 2008 hace referencia a dos aspectos diferenciados: por un lado, se dispone una moratoria unilateral relativa a las municiones de racimo y, por otro, se decide impulsar el proceso de firma y ratificación de la Convención de Dublín sobre este tipo de municiones. Que al respecto, en cuanto a la reclamación planteada, "...del examen detenido de su contenido se desprende su voluntad de plantearlo exclusivamente por el primero de los aspectos mencionados..."

-Que no existe ninguna relación de causa a efecto entre el daño que se reclama y la intervención del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de julio de 2008, que ha consistido únicamente en impulsar el proceso de firma y ratificación de la Convención de Dublín sobre municiones de racimo, ya que en la adopción de la moratoria no ha intervenido este Departamento.

-Que la reclamante no ha acreditado la existencia del daño producido por la actuación del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, y que tampoco se ha acreditado el nexo causal entre el hecho lesivo y el funcionamiento del servicio público.

C) Respetto de la actuación del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio:

-Que nos hallamos ante la aplicación de un régimen jurídico de autorización, de forma que "sin la concurrencia de esa previa autorización de exportación no surge, propiamente, derecho subjetivo alguno a llevar a cabo la operación de comercio" y, en consecuencia, "no existe derecho supuesta o previamente reconocido por el ordenamiento jurídico a la exportación de esta clase de material listado de defensa y de doble uso..."

-Que para que pudiera apreciarse teóricamente la concurrencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, sería preciso, como requisito legal explícito, el perjuicio del particular en cuanto que afectado en sus derechos, "circunstancia que no acontece, por lo tanto, desde esa perspectiva técnica, en el caso que nos ocupa, en la medida, en que la actividad regulatoria del Gobierno amparada en la habilitación legislativa adecuada, como es la disposición final citada, y dentro, a su vez, del campo normativo de esta legislación especial sobre control del comercio exterior de este tipo de mercancías, incide en un ámbito específico no afectado por supuestos derechos adquiridos".

-Que aparte de ese parámetro de medida de la posible generación de responsabilidad patrimonial, que es el concepto de derecho adquirido, "debe analizarse otra premisa de valoración, como es si concurre o no la idea de lesión resarcible, en su connotación de daño antijurídico". Y al respecto, "como ha sostenido repetidamente la jurisprudencia (...), no hay lugar al concepto o idea de lesión resarcible, por antijurídica, si el acto administrativo enjuiciado cuenta con un título formal de legitimación".

-Que en cuanto al carácter extrínseco de la actividad administrativa en este ámbito, la disposición final quinta de la Ley 53/2007 no descarta una acción unilateral, en el sentido *unilateral* de efectivamente tomado por actuación *individual*, pues "lo que prevé esa norma es que el Gobierno Español adopte sus medidas de apoyo y prohibición de la fabricación y comercialización de las bombas de racimo en tanto que eventuales medidas que, a su vez, apoyen o coadyuven las iniciativas tomadas o a tomar en el seno de las Naciones Unidas (...) o de los organismos internacionales dirigidas a tal fin", "esas eventuales medidas restrictivas que el Gobierno español llegue a adoptar se justifican, en su aspecto externo, en cuanto que tomadas funcionalmente incardinadas o en contemplación de esa actuación multilateral prevista en el plano internacional (...), como serían o fueron en el caso ya las iniciadas en febrero de 2007 en el seno de la Conferencia de Dublín, del inicio del denominado proceso de Oslo, que culmina con la firma de la Convención de Dublín de 30 de mayo de 2008, en la que se abrió el sistema a la prohibición internacional de esa clase de munición".



-Que la moratoria adoptada por el Gobierno español como iniciativa nacional va sin duda en apoyo o promoción en el marco de esa actividad internacional con la que el mismo Estado español se halla comprometido, y en la que fue partícipe desde el primer momento.

-Que como elemento de juicio añadido, puede advertirse la existencia de una situación clara de previsibilidad respecto del hecho de la prohibición que se deriva de la normativa existente y anterior a la misma Ley 53/2007, por lo que "no cabe decir que a la (...) reclamante le sorprendiera la moratoria adoptada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de julio de 2008 (...) elemento éste, por tanto, también decisivo a la hora de valorar la confrontación de la regulación o de la adopción de disposiciones por parte del Gobierno con una hipotética o supuesta vulneración de la confianza legítima en el mantenimiento del *statu quo* normativo..."

SEGUNDO: Planteamiento del recurso contencioso-administrativo. La pretensión deducida en la demanda y los motivos de impugnación de las actuaciones administrativas impugnadas en el recurso jurisdiccional.

1. La **pretensión** procesal de la entidad demandante [art. 31, Ley 29/1998] está dirigida a:

-La declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios derivados para **INSTALAZA** de la Moratoria Unilateral y de la Convención de Dublín de 30 de mayo de 2008, en cuanto que supusieron la conversión del MAT-120 en *res extra commercium*.

-El reconocimiento del derecho de la demandante a percibir la indemnización correspondiente a tales perjuicios, mediante el abono, por parte de la Administración del Estado, de la indemnización cuantificada en la demanda para el denominado escenario máximo o, subsidiariamente, para el escenario razonable o para el escenario mínimo, con los intereses de demora correspondientes.

2. Y **los motivos de impugnación** en que se sustenta la demanda [art. 56.1, idem], tal y como aparecen expuestos en los fundamentos jurídicos de la demanda, son los siguientes:

2.1. «Planteamiento»

Se refiere la demandante, en primer término, a la cuestión litigiosa planteada en el proceso, como medio de realización del derecho al resarcimiento, en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, de los perjuicios que considera irrogados a la misma por la acción del Gobierno, con respecto a las bombas de racimo, manifestada en la moratoria unilateralmente declarada mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de julio de 2008, y en la Convención de Dublín de 30 de mayo de 2008. Y anticipa que los fundamentos de la demanda han de contraerse a la exposición de los requisitos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, *causa iuris*, y a demostrar la concurrencia de tales requisitos en el caso sometido a la consideración de la Sala, refutando los argumentos en que se basa la Orden Ministerial impugnada, y que sucintamente reseña.

2.2. «La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública»

Bajo la rúbrica anotada, la parte demandante hace una extensa exposición de los requisitos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, desde la perspectiva del derecho positivo [arts. 9.3 y 106.2 CE ; art. 139 y siguientes de la Ley 30/1992] y de la interpretación realizada por la doctrina jurisprudencial y por el Consejo de Estado. Así, expone los requisitos subjetivos y objetivos de la responsabilidad patrimonial, explicando -en cuanto a los primeros- que los actos del Consejo de Ministros, incluso los identificables como actos políticos, son susceptibles de generar responsabilidad patrimonial. Y en cuanto a los segundos, destaca que la actividad relacionada con la adhesión, firma y ratificación de instrumentos de Derecho Internacional también es susceptible de generar responsabilidad. Como igualmente destaca especialmente la delimitación del concepto de lesión antijurídica efectuada por el Consejo de Estado, así como la exclusión por este órgano consultivo de las cargas generales, de entre los daños y perjuicios antijurídicos.

2.3. «Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública respecto de los perjuicios irrogados a **INSTALAZA** como consecuencia de la conversión de la munición MAT-120 en *res extra commercium* »

Parte la demandante de la " **indemnizabilidad de los perjuicios** derivados de la actuación del Gobierno en relación con las municiones de racimo", en función del principio general de responsabilidad recogido en los arts. 9.3 y 106.2 CE, y ello tanto en lo que respecta a la actuación consistente en la adopción de la moratoria unilateral, como en lo que respecta a la Convención de Dublín que con su posterior entrada en vigor vendría a ratificar aquella decisión. Se refiere a continuación a los " **daños irrogados a INSTALAZA** como consecuencia de la actuación del Gobierno en relación con las municiones de racimo", sosteniendo que "los daños irrogados a **INSTALAZA** son antijurídicos, en la medida en que la sociedad no tiene el deber jurídico de soportarlos". Concreta cuyos daños en la conversión de la munición MAT-120 en *res extra commercium*, y atribuye su antijuridicidad a la circunstancia de que se trata de una medida de caso único para la demandante y para otra



empresa española que fabricaba y comercializaba municiones de racimo [Doc. 19 de la demanda], por lo que "en modo alguno se pueden identificar como un carga u obligación general".

Sostiene la demandante que los daños irrogados a **INSTALAZA** son efectivos y evaluables económicamente, individualizados y directamente derivados de la actuación del Gobierno en relación con las municiones de racimo. Daños efectivos, "en la medida en que ya se ha producido", consistiendo en "un menoscabo patrimonial notorio, derivado tanto de las pérdidas correspondientes a la imposibilidad de cumplir los compromisos adquiridos, la inmovilización y destrucción de su stock y la asunción de las consecuencias negativas derivadas de ambos fenómenos (pérdida de la inversión en I + D + i, indemnizaciones derivadas del incumplimiento de sus contratos en vigor, etc.), como de la pérdida irremisible de las ganancias futuras asociadas a la producción y comercialización del producto..." Como prueba de la efectividad del daño, adjunta con la demanda la documentación relativa a la destrucción del stock [Doc. 24], a la denegación administrativa reiterada de la exportación y transferencia de tecnología del MAT-120 [Doc. 8, 12 y 14], y a la aprobación de los expedientes de regulación de empleo para la reestructuración de la plantilla. Particularmente, defiende la concurrencia de nexo causal, señalando que si el Gobierno no hubiera adoptado el criterio de prohibir lo más ampliamente posible estas municiones, o si hubiera formulado esta prohibición en términos tales que no afectaran a un material que, como el MAT-120, garantizaba la ausencia de daños colaterales, no se habrían ocasionado a **INSTALAZA** los perjuicios que se reclaman.

Para la **cuantificación de los daños**, distingue la demandante entre el daño emergente y el lucro cesante.

Así considera que **el daño emergente** asciende a la cantidad de 21.250.249,80 Euros, y que **viene dado por**: A) La obligación de destruir las existencias de componentes y materiales asociados a la fabricación de la munición MAT-120 [Doc. 25 de la demanda]. B) Los costes laborales en que incurriría la empresa en caso de tener que abandonar la producción de la citada munición [Doc. 26, 27 y 28, idem]. C) Las consecuencias asociadas al incumplimiento de los contratos de suministro que están en vigor en la actualidad y que no se pueden atender debido a la moratoria unilateral impuesta por el Gobierno [Doc. 29 y 30, idem]. D) La pérdida de la inversión asociada al desarrollo del producto [Doc. 31].

Y considera que el **lucro cesante** viene dado por: A) La imposibilidad de atender compromisos que estaban negociados y pendientes de formalización. B) La s ganancias dejadas de obtener como consecuencia de la imposibilidad de atender los compromisos de suministro de MAT-120 efectivamente contraídos. C) La imposibilidad de continuar con la comercialización de un producto con óptimas expectativas de presencia en el mercado durante un período estimado de 20 años. Aporta al respecto los Doc. núm. 6, 32 y 33 de la demanda. Y como "suma del lucro cesante", se refiere a "Ila suma de las entregas pendientes en el marco del contrato suscrito con la República de Finlandia y del importe asociado a la pérdida de beneficios durante toda la vida útil del producto [Escenario razonable, 38.977.101, 48 Euros; escenario mínimo, 33.848.201,48 Euros; escenario máximo, 63.237.601,48 Euros]. Por lo cual, dice que en la "valoración global de los perjuicios irrogados a **INSTALAZA** (...) hemos de considerar tanto el importe global del daño emergente como los distintos escenarios calculados en lo que se refiere al lucro cesante". El cálculo resultante de esa valoración global arroja, según la demandante, las siguientes magnitudes: Escenario razonable, 59.905.880,48 Euros; escenario mínimo, 54.776.980,48 Euros; escenario máximo, 84.166.380,48 Euros.

2.4. «Intereses y costas»

A juicio de la demandante, en materia de **intereses**, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 106.2 de la Ley 29/1998 y, en cuanto a las **costas del proceso**, considera que deberá correr con las mismas la Administración, de acuerdo con el art. 139.1 de la mencionada Ley, en su redacción anterior a la Ley 37/2011.

En el trámite de **conclusiones**, la parte actora rechaza que la Ley 53/2007 habilitara al Gobierno para adoptar toda suerte de medidas prohibitivas de la fabricación y comercio de municiones sin incurrir en responsabilidad. Dice que su participación en los contratos suscritos para la destrucción de la munición de racimo almacenada por el Ejército de Tierra equivalga a la indemnización de los perjuicios derivados de la adopción de la moratoria. Sobre la prueba del daño, además de restar importancia a los datos objetivos cuya omisión se puso de manifiesto en la contestación, dice que el lucro cesante, por su propia naturaleza, no es susceptible de una prueba taxativa y exacta. Y en cuanto a los fundamentos jurídicos de las pretensiones deducidas en el proceso, se remite al escrito de demanda.

TERCERO: La **oposición** al recurso jurisdiccional.

La parte demandada se opone al recurso contencioso-administrativo.

Para ello, argumenta que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de julio de 2008, que se adoptó antes de la ratificación por parte de España de la Convención de Dublín sobre Municiones de Racimo de 08 de junio de 2009 y de la entrada en vigor de cuya Convención el 01 de agosto de 2010, y que contempla diversas



actuaciones ministeriales para su efectividad [Mº de Defensa; Mº de Asuntos Exteriores y Cooperación; Mº de Industria, Turismo y Comercio], constituye un " **acto debido por imperativo legal** ", en función de lo establecido en la **disposición final quinta de la Ley 53/2007** , la cual "como afirma el Consejo de Estado (...) no contenía (...) ninguna disposición que a este respecto pudiera fundamentar una eventual responsabilidad del Estado legislador, según lo dispuesto en el artículo 139.3 de la Ley 30/1992 ". Agrega que "como resulta de la Orden de 5 de septiembre de 2011, nos hallamos ante la aplicación de un **régimen de autorización** "; que "no estamos ante **derechos adquiridos** que se hayan vulnerado", y que "no estamos ante una **lesión resarcible** , en su connotación de **daño antijurídico** (...) Porque la disposición final quinta de la Ley 53/2007 no descarta, sino que impone, una actuación unilateral, en el sentido de individual", y "forzoso resulta descartar una supuesta vulneración de **la confianza legítima** por mor de la existencia de una situación clara de **previsibilidad** respecto del hecho de la prohibición de las municiones de racimo que se deriva de la situación existente by anterior a la propia Ley 53/2007". Apunta, además, la parte demandada que "no estamos ante una medida singular adoptada por el Gobierno respecto de unos determinados particulares, sino ante **medidas genéricas** que imponen, para el futuro limitaciones o prohibiciones que se proyectan sobre el conjunto de la sociedad y de sus empresas, apreciando la concurrencia de unas necesidades o razones de **interés general** ". En línea con el dictamen del Consejo de Estado, hace ver que no son daños y perjuicios antijurídicos aquellos que pueden ser calificados como **cargas generales** . En consecuencia, concluye que el Acuerdo del Consejo de Ministros reseñado se acomoda al mandato de la Ley 53/2007 y al desarrollo legítimo de las funciones que tiene encomendadas [art. 97 CE], de forma que las medidas adoptadas mediante aquel "no pueden dar lugar a una responsabilidad general del Estado, por tener los afectados la carga de soportarlo, y no derivar de medidas singulares acordadas por el Gobierno, sino a genéricas medidas, las cuales imponen para el futuro limitaciones o prohibiciones que se proyectan sobre el conjunto de la sociedad y sus empresas, apreciando unas necesidades de interés general".

Y en lo que concierne a la cuantificación del daño, la Abogacía del Estado hace referencia diversos "datos objetivos" omitidos en la demanda [La subcontratación a favor de **INSTALAZA**, como consecuencia de la moratoria, del desbaratamiento de la munición adquirida a la misma por el Ministerio de Defensa; el impulso, por parte de este Departamento y a favor de aquella, del suministro de municiones convencionales y del desmantelamiento de municiones de racimo; la tendencia decreciente en la adquisición por parte de aquel Departamento de la munición en cuestión desde el año 2006], señalando que no se ha acreditado la efectividad de todos los daños y perjuicios aducidos. Al respecto, recoge el parecer del Consejo de Estado, que al analizar la documentación aportada como justificante, la califica como parcial e insuficiente para probar las ganancias dejadas de obtener por la compañía a raíz del Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de julio de 2008, además de referirse en determinados aspectos a expectativas, que no son susceptibles de indemnización. Propugna el rechazo de la pretensión, ante la "radical improcedencia de tamaña reclamación", en la medida que "se basa en una suposición, que todas las posibles operaciones de comercialización exterior contarían con la previa y preceptiva autorización administrativa, pero (...) eso es demasiado suponer". A lo que añade finalmente que desde el Ministerio de Defensa se han seguido impulsando los contratos de suministro de municiones convencionales y de desmantelamiento de municiones de racimo con **INSTALAZA**, que le ha supuesto una facturación no prevista a favor de la empresa hoy recurrente.

En el trámite de **conclusiones** , la Abogacía del Estado reitera que "la moratoria acordada por el Consejo de Ministros era un acto debido por imperativo legal (...) que excluye una actuación arbitraria, precipitada o injustificada del Gobierno de la Nación". Y vuelve a señalar que no se han visto vulnerados derechos adquiridos, y que de contrario no se ha acreditado la efectividad de los daños invocados, "que se basan en suposiciones", apuntando a este respecto que "se olvida la parte recurrente de los contratos de suministro de municiones convencionales y desmantelamiento de municiones de racimo suscritos con el Ministerio de Defensa, con los beneficios que ha supuesto para la entidad recurrente".

CUARTO: Sobre los motivos de impugnación en que se basa la demanda.

1 .La **Constitución Española** , artículo 106.2 , reconoce a los particulares, en los términos establecidos por la Ley, el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Al propio tiempo, el texto constitucional, artículo 149.1.18ª, atribuye al Estado competencia exclusiva para establecer el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas.

A dicha previsión constitucional responde la **Ley 30/1992** , artículos 139 y siguientes , al sentar el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de su bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y que se trate de lesiones provenientes de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. En todo



caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas, según puntualiza la expresada Ley en su artículo 139.2.

De manera que para que nazca la **responsabilidad patrimonial de la Administración**, es necesaria una actividad administrativa [por acción u omisión, material o jurídica], un resultado dañoso no justificado, y relación de causa-efecto entre aquella y ésta, incumbiendo su prueba al que reclama, a la vez que es imputable a la Administración la carga referente a la existencia de fuerza mayor, cuando se alegue como causa de exoneración.

Así se desprende de la doctrina jurisprudencial expresada, entre otras, en la **STS (3ª) de 14 febrero 2006 [Rec. Casación 256/02]**, que establece:

«La responsabilidad patrimonial del Estado, contemplada inicialmente en su actual contenido en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, pasando después a la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 (art. 40), se plasma en el **artículo 106.2 de la Constitución**, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por la **Ley 30/92, de 26 de noviembre**, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común en su Título X, **artículos 139 y siguientes**. La jurisprudencia viene exigiendo para que resulte viable la reclamación de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que no tenga obligación de soportar y que sea real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor (...) La **antijuridicidad del daño** viene exigiéndose por la jurisprudencia (...) Como señala la sentencia de 28 de enero de 1999, "esa antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño o el perjuicio y ese **deber de soportar el daño o el perjuicio** sufrido se da en los supuestos en que la ley y el grupo normativo de ella derivado justifican dichos detrimentos de un modo expreso o implícito. Así, del examen de las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de abril, 19 de mayo y 19 de diciembre de 1989, entre otras, se infiere que el criterio esencial para determinar la **antijuridicidad** del daño o perjuicio causado a un particular por la aplicación de un precepto legal o normativo debe ser el de si concurre o no el **deber jurídico de soportar el daño**, ya que las restricciones o limitaciones impuestas por una norma, precisamente por el carácter de **generalidad** de la misma, deben ser soportadas, en principio, por cada uno de los individuos que integran el grupo de afectados, en aras del interés público". Al respecto, como señalan las sentencias de esta Sala de 5 de febrero de 1996, 29 de octubre de 1998 y 9 de marzo de 1999, "el **deber jurídico de soportar el daño**, en principio, parece que únicamente podría derivarse de la concurrencia de un título que determine o imponga jurídicamente el perjuicio contemplado; tal sería la existencia de un contrato previo, el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria siempre que de ésta se derivasen **cargas generales**, o la ejecución administrativa o judicial de una resolución firme de tal naturaleza. Esto que desde la perspectiva del funcionamiento de los servicios públicos aparece relativamente claro en su interpretación, se complica a la hora de trasladarlo a los supuestos de anulación de resoluciones administrativas.»

Más recientemente, la **sentencia del Tribunal Supremo [Sala Tercera, Sección 4ª] de 18 de junio de 2012 [Rec. Casación 4113/2010]**, expone:

«La jurisprudencia de esta Sala (por todas la STS de 1 de julio de 2009, recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) insiste en que "no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica **lesión resarcible**, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de **antijurídica**, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa". Conforme a constante jurisprudencia (STS de 25 de septiembre de 2007, rec. casación 2052/2003 con cita de otras anteriores) la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la administración exige la **antijuridicidad del resultado o lesión** siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. Se insiste STS 19 de junio de 2007, rec. casación 10231/2003 con cita de otras muchas que "es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo, 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996, 16 de noviembre de 1998, 20 de febrero, 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)". Y también reitera la jurisprudencia (por todas SSTS 7 de febrero 2006 recurso de casación 6445/2001, 19 de junio de 2007, recurso de casación 10231/2003, 11 de mayo de 2010, recurso de casación 5933/2005) que la apreciación del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso, o la ruptura del mismo, es



una cuestión jurídica revisable en casación, si bien tal apreciación ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido correctamente combatidos por haberse infringido normas, jurisprudencia o principios generales del derecho al haberse valorado las pruebas, o por haber procedido, al haber la indicada valoración de manera ilógica, irracional o arbitraria. Por su parte las SSTs de 19 de junio de 2007, recurso de casación 10231/2003 , 9 de diciembre de 2008, recurso de casación 6580/2004 , reiteran (con cita de otras anteriores) que la prueba de la relación de causalidad corresponde al que reclama la indemnización.»

2. Como queda dicho, con fecha de **07 de julio de 2009** , la sociedad demandante formuló **reclamación de responsabilidad patrimonial** de la Administración, solicitando el reconocimiento del derecho a percibir la indemnización resultante de la práctica de los medios de prueba propuestos, como consecuencia de los daños producidos por el funcionamiento de los servicios públicos, con referencia al Acuerdo del Consejo de Ministros de **11 de julio de 2008** , por el que se impuso una moratoria unilateral sobre las municiones de racimo, en la medida que a) el citado Acuerdo provocó un menoscabo patrimonial a la reclamante, al impedir que prosiguiera fabricando y comercializando un determinado producto, denominado MAT-120 [Granada de mortero con submunición MAT-120] ; y b) el mentado acuerdo, "que no deriva de la aplicación necesaria de norma jurídica alguna opera como causa eficiente de los citados perjuicios..."

3. La **reclamación** fue **desestimada** por Orden del Ministerio de la Presidencia de 05 de septiembre de 2011 por considerar, básicamente, que no concurrían los requisitos constitutivos de responsabilidad patrimonial, en cuanto que el Acuerdo de 11 de julio de 2011 se acomodaba al mandato de la Ley 53/2007 y al desarrollo de las funciones asignadas en materia de política exterior y defensa [art. 97 CE], por lo que no podía dar lugar a una compensación económica de carácter indemnizatorio, "al faltar la antijuridicidad del daño".

4. En la **demand**a rectora del recurso jurisdiccional, se defiende "la "indemnizabilidad de los perjuicios derivados de la actuación del Gobierno en relación con las municiones de racimo", en función del principio general de responsabilidad recogido en los arts. 9.3 y 106.2 CE , y ello tanto en lo que respecta a la actuación consistente en la adopción de la moratoria unilateral, como en lo que respecta a la Convención de Dublín que con su posterior entrada en vigor vendría a ratificar aquella decisión. La actora concreta el daño en la conversión de la munición MAT-120 en *res extra commercium* , y atribuye su antijuridicidad a la circunstancia de que se trata de una medida de caso único para la demandante y para otra empresa española que fabricaba y comercializaba municiones de racimo [Doc. 19 de la demanda], por lo que "en modo alguno se pueden identificar como un carga u obligación general".

5. Sin embargo, a juicio de la Sala, la actuación del Gobierno, a través de la imposición de la moratoria unilateral y de la posterior ratificación de la Convención de Dublín sobre municiones de racimo, no es determinante de la irrogación de una lesión en bienes o derechos de la demandante a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos y que esta no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley [arts. 139.1 y 141.1, Ley 30/1992].

Pues, en efecto, con fecha de **11 de julio de 2008** , el Consejo de Ministros adoptó un « **Acuerdo por el que se dispone una moratoria unilateral relativa a las municiones de racimo y se impulsa el proceso de firma y ratificación de la Convención sobre municiones de racimo recientemente aprobada en la Conferencia Diplomática de Dublín y su aplicación provisional** » Concretamente, a través de dicho Acuerdo, el Consejo de Ministros «manifiesta su firme compromiso político con los principios de prohibición que se reflejan en el texto de la Convención sobre municiones de racimo y, con antelación al inicio de los procedimientos tendentes a la firma y ratificación del instrumento, adopta su decisión de establecer una moratoria unilateral sobre las municiones de racimo (...), en el sentido de prohibir el empleo, desarrollo, producción, adquisición, almacenamiento, conservación y transferencia de esas municiones, a cuyo efecto iniciará la tramitación de la reglamentación necesaria»

En el Acuerdo de referencia, se parte de la adopción previa, el 30 de mayo de 2008, en el seno de la Conferencia Diplomática de Dublín sobre municiones de racimo, de un texto de convención en la materia, con el objetivo de prohibir el empleo, desarrollo, producción, adquisición, almacenamiento, conservación y transferencia de tales municiones. Se explica a continuación que España había estado presente en todo el proceso que arrancó en Oslo [febrero de 2007] y que culminó en la Conferencia Diplomática de Dublín, y que "la posición defendida por España durante las negociaciones (...) **conforme con el mandato parlamentario recibido** , fue favorable a una prohibición tan amplia como fuese necesaria para garantizar el objetivo último del Tratado". Se expone también que "en coherencia con este compromiso el Gobierno considera oportuno establecer una moratoria unilateral (...) anticipando así *de facto* la producción de efectos de la Convención, en la medida de lo factible, por medio de un Acuerdo del Consejo de Ministros, en aras de asegurar la necesaria seguridad jurídica". Y entre las medidas adoptadas en cuyo Acuerdo, está la puesta en marcha del mecanismo previsto en el art.



18 de la Convención desde el momento de su ratificación y mientras estuviera pendiente su entrada en vigor para España.

España procedió a la **firma** de la Convención el **03 de diciembre de 2008** y, a su **ratificación**, el **08 de junio de 2009**. En el Boletín Oficial del Estado núm. 58, de 25 de marzo de 2010, se procedió a la **publicación** del Instrumento de Ratificación de la Convención sobre municiones de racimo, hecho en Dublín el 30 de mayo de 2008, en virtud de la autorización concedida por las Cortes Generales conforme al art. 94.1 CE ["1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos: a) Tratados de carácter político. b) Tratados o convenios de carácter militar. c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I. d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública. e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución."]. **Mediante la Convención, los Estados parte se comprometieron a no emplear nunca, y a no desarrollar, producir, adquirir, almacenar, conservar o transferir municiones de racimo [art. 1]. En su art. 18, se estableció que: "Cualquier Estado podrá, en el momento de ratificar, aceptar, aprobar o adherirse a la presente Convención, declarar que aplicará provisionalmente el artículo 1 de la misma mientras esté pendiente su entrada en vigor para tal Estado". En el Instrumento así publicado se indica que: "La presente Convención entrará en vigor de forma general y para España el 1 de agosto de 2010, de conformidad con lo establecido en su artículo 17".**

Por tanto, la moratoria impuesta el 11 de julio de 2008 por el Gobierno, se produjo en el ejercicio de sus competencias [Art. 97 CE ; art. 5.1 d) y concordantes de la Ley 50/1997], una vez adoptada la Convención hecha en Dublín el 30 de mayo de 2008, anticipando la aplicación de la misma, que posteriormente sería ratificada y publicada en los términos expuestos. Y el compromiso contraído a través de cuya Convención responde al mandato parlamentario a que se hace referencia en el texto del Acuerdo, concretado en la disposición final quinta de la Ley 53/2007, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso ["El Gobierno promoverá y apoyará las iniciativas nacionales e internacionales, tanto en el ámbito de Naciones Unidas como en los organismos multilaterales competentes que tengan por objetivo la restricción, y en su caso, la prohibición de las bombas de racimo, especialmente peligrosas para las poblaciones civiles"], a la que vino a hacerse referencia -juntamente con la moratoria adoptada el 11 de julio de 2008- en el preámbulo del Real Decreto 2061/2008, de 12 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa. Norma que se inscribe dentro del proceso normativo previsto en el apartadom primero del Acuerdo de 11 de julio de 2008 ["...a cuyo efecto iniciará la tramitación de la reglamentación necesaria"].

Siendo ello así, y no conteniendo la Ley 53/2007 previsión alguna que pudiera servir de base a la reclamación indemnizatoria planteada [art. 139.3, Ley 30/1992], la impugnación de la Orden Ministerial desestimatoria de la misma ha de considerarse desprovista de fundamento. Pues como en dicha Orden se pone de manifiesto, "no hay lugar al concepto o idea de lesión resarcible si el acto administrativo enjuiciado cuenta con un título formal de legitimación".

Por lo demás, como apunta en su dictamen preceptivo el Consejo de Estado, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de julio de 2008 no tiene por objeto una privación d derechos específica por referencia a la reclamante, sino una modificación de un régimen existente por otro más acorde con el interés público superior de protección de la vida humana y con el Derecho Internacional Humanitario, modificación que era previsible y aparece configurada como una carga general.

QUINTO: Resolución del recurso contencioso-administrativo. Costas procesales. Medios de impugnación de la sentencia.

1. Lo expuesto conduce a la **desestimación del recurso jurisdiccional**, y a la confirmación de la Orden Ministerial a que el mismo se contrae [art. 70.1, Ley 29/1998].

2. Sin imposición de las **costas procesales** causadas en esta instancia, al no apreciarse la concurrencia de las circunstancias [temeridad o mala fe] establecidas al efecto en el art. 139.1 de la Ley Jurisdiccional, en la redacción anterior a la reforma introducida por la Ley 37/2011, que es la redacción vigente a la fecha de interposición del recurso jurisdiccional [26 de septiembre de 2011].

3. La sentencia que ahora se pronuncia es susceptible de **recurso ordinario de casación**, por razón de la cuantía del proceso, conforme al art. 86.2 b) de la Ley Jurisdiccional.

Vistos los preceptos legales citados y demás normas de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS



1. **Desestimamos el recurso contencioso-administrativo** interpuesto por la representación procesal de «**INSTALAZA**, S. A.» contra la Orden del Ministerio de la Presidencia de 5 de septiembre de 2011, descrita en el encabezamiento de esta sentencia **Y, en consecuencia, confirmamos dicha Orden Ministerial**, por ser ajustada a Derecho.

2 Sin imposición de las **costas procesales** causadas en esta instancia.

3. **Notifíquese** esta Sentencia a las partes personadas, haciéndoles la indicación que contra la misma puede prepararse **recurso de casación** ante esta Sección, en el plazo de 10 días a contar desde el siguiente al de su notificación y para ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Previamente, deberá constituirse un depósito por importe de 50 euros que ingresará en la cuenta de esta Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, abierta en BANESTO número 2856 0000 24, e indicando en los siguientes dígitos el número y año del presente procedimiento. Se aportará el correspondiente resguardo en el momento de su preparación de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial . Una vez firme, devuélvase el expediente al órgano de procedencia con testimonio de la misma.

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

PUBLICACIÓN: Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Certifico.

FONDO DOCUMENTAL GENERAL