

Sin embargo, el Tribunal consideró que los hechos debían ser calificados como un delito de malversación de fondos públicos, por cuanto:

“[...] valiéndose del ardid de una pretendida subvención, han recibido unos fondos de la Diputación de Lugo, de indudable naturaleza pública los que no aplicaron a los fines previstos, y en la medida que ingresaron su importe en sus cuentas particulares, cabe, en base a estos hechos-base totalmente acreditados en la instancia, llegar al *hecho consecuencia* constituido por la afirmación de que *se apropiaron en su beneficio del importe de lo percibido*, lo que constituye la dovola que cierra el arco argumental, que inexplicablemente deja abierto la sentencia de instancia.” (FJ 4)

Según el Tribunal, concurrían todos los elementos del tipo. En este sentido, el Tribunal declaró lo siguiente:

“[...] la condición de autoridad o funcionario público de ambos absueltos en la instancia, lo que coincide con la descripción del *sujeto activo* en este tipo penal. El *objeto*, constituido en este caso por caudales o efectos públicos es igualmente claro, como también lo es el título competencial en virtud del cual, aquellos los tenían a su cargo [...], la acción estuvo constituida por la acción de incorporación definitiva a su patrimonio –*animus rem sibi habendi*– [...], lo que lo distingue del *animus utendi* propio de los delitos previstos en los artículos 433 y 434 del Código penal, en concreto este último, que constituye una novedad en el vigente Código penal responde a la necesidad de poner coto al aprovechamiento privado de los bienes que integran la infraestructura de la Administración pública, pero excluyendo de dicho aprovechamiento la intención apropiatoria definitiva. En el presente caso existió un concluyente propósito depredatorio.” (FJ 4)

Dicho lo anterior, el Tribunal advirtió que de consolidarse la tesis a favor del fraude de subvenciones “[...] produciría en planteamientos como el expuesto el efecto perverso de *permitir la impunidad* del delito de malversación de fondos públicos por importe inferior a diez millones de pesetas Un vaciamiento de este tipo penal que sería *toda una invitación* a los que desempeñan una función pública de conseguir el propio enriquecimiento a costa de fondos públicos, eso sí, por importe inferior a diez millones de pesetas lo que garantizaría la inactividad del sistema de justicia penal, y sólo la posible responsabilidad administrativa, menos grave, más difusa y mucho menos estigmatizante.” (FJ 4)

Junto con el delito mencionado, el Tribunal apreció la existencia de delitos conexos como la falsedad documental, que se

encontraba en concurso medial con el de malversación, por cuanto constaba que “el acusado, para formalizar las instancias incluyó distintos concejales de su grupo político; las informó favorablemente como alcalde; el acusado firmó cuatro certificaciones acreditativas de la realización de las obras [...] tales obras se encontraban previamente ejecutadas con cargo a otras partidas municipales circunstancia de la que era conocido el acusado por su condición de alcalde” (FJ 5).

Por lo expuesto, el Tribunal declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal y declaró no haber lugar al interpuesto por M. C.

En virtud de ello, el Tribunal consideró que los hechos declarados probados eran constitutivos de dos delitos de malversación en la modalidad de continuados, siendo autor cada uno de un solo delito. Asimismo, también entendió que cada uno de ellos era autor de un delito de falsedad en documento público cometido por autoridad o funcionario público también continuado, encontrándose en concurso medial-instrumental con los delitos de malversación.

Al estimarse más grave el delito de malversación, por tener asignada una pena mayor, el Tribunal consideró que procedía la imposición de la pena correspondiente a este delito, absorbiendo el de falsedad.

En consecuencia, condenó a A. A. y M. C. como autores cada uno de ellos de un delito de malversación continuado en concurso medial con un delito de falsedad documental, también continuado, a las penas de cinco años de prisión y siete años de inhabilitación absoluta al primero, y cuatro años y seis meses de prisión y siete años de inhabilitación absoluta al segundo.

Asimismo, se impuso a cada uno de los acusados las dos quintas partes de todas las costas causadas, siendo de oficio la quinta parte restante.

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, sobre los delitos de malversación de caudales públicos y falsedad documentada, ver la STS 163/2004, de 16 de marzo.

Sobre el delito de malversación de caudales públicos, ver las siguientes sentencias: STS 1960/2001 de 19 de octubre (Aranzadi 2001/9425); STS 1875/2000 de 1 de diciembre (Aranzadi 2000/10160); STS 875/2002 de 16 de mayo (Aranzadi 2002/6333), y STS 1278/2001 de 19 de junio (Aranzadi 2001/6812).

## F) Jurisdicción civil

**Audiencia Provincial de Asturias. Daños ocasionados en bienes de un particular en ejecución de una obra pública. Competencia de los tribunales de lo contencioso-administrativo para conocer de la acción de responsabilidad extracontractual cuando el responsable sea una empresa concesionaria**

#### SUPUESTO DE HECHO

El titular de una vivienda unifamiliar ejerció una acción de responsabilidad extracontractual al amparo de los artículos 1902 y 1903 del CC contra dos entidades constructoras que ejecutaban la construcción del tramo de una autovía, imputándoles los daños causados por las mismas a la mencionada vivienda como consecuencia de las voladuras de unos terrenos.

El juzgado de primera instancia correspondiente estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción formulada al respecto, siendo absuelta la parte demandada.

Frente a dicha resolución, el titular de la vivienda interpuso un recurso de apelación.

La Audiencia Provincial de Asturias estimó parcialmente el recurso interpuesto, dejando únicamente sin efecto el pronun-

**ÓRGANO:** Audiencia Provincial de Orense. Sección Séptima. Jurisdicción civil. Recurso de apelación núm. 690/2003

**RESOLUCIÓN:** 118/2004

**FECHA:** 23 de febrero de 2004

**PONENTE:** Ilma. Sra. Berta Álvarez Llanea

**DOCTRINA:** Daños ocasionados en bienes de un particular en ejecución de una obra pública.

Competencia de los tribunales de lo contencioso-administrativo para conocer de la acción de responsabilidad extracontractual cuando el responsable sea una empresa concesionaria (FJ 2 y 3)

ciamiento de costas de la instancia, confirmando el resto de pronunciamientos.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En primer lugar, la Audiencia hizo referencia a la doctrina mayoritaria favorable a la tesis de la responsabilidad directa de la Administración contratante. Al respecto, la Audiencia declaró lo siguiente:

"[...] la regla general sería que la Administración pública respondiese de los daños causados como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos y de la ejecución de obras públicas, sin perjuicio de las acciones de regreso de aquélla contra sus concesionarios y contratistas; la regla especial sería que en los servicios y obras públicas la indemnización correrá a cargo del concesionario o contratista y la excepción a la regla especial será la de que correrá a cargo de la Administración cuando el daño haya sido causado por verse obligado el contratista a cumplir alguna cláusula u orden impuesta por aquélla (es decir, excluye la vía de regreso). Si las actividades objeto del contrato o concesión están incluidas en la esfera de actuaciones que tienden a satisfacer las necesidades públicas que la Administración está llamada a remediar, hay que postular que el titular de la obra o servicio público es siempre la Administración que en ningún momento deja de ejercitar sobre ella sus potestades y de asumir la responsabilidad de los daños que su ejecución puede causar a terceros." (FJ 2)

A continuación, la Audiencia analizó cuál debía ser el órgano competente. Al respecto, admitiendo el discutible problema de la conexión jurisdiccional civil o contencioso-administrativa en los casos en los que estaba presente el Estado o alguno de los organismos dependientes. Al respecto, la Audiencia señaló que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece el principio de unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por una doble vía:

"a) Unificando el procedimiento para la reclamación de indemnización. b) Determinando, con carácter único, la jurisdicción y el régimen jurídico aplicable, terminando con lo que la Sala Primera gráficamente ha denominado «lamentable peregrinaje de jurisdicciones.» (FJ 2)

De ahí, la Audiencia dedujo lo siguiente:

"[...] ya se considere que la responsabilidad en los hechos es de la mercantil concesionaria ya se considere que la responsabilidad en los hechos es de la Administración, titular de la actividad teniendo en cuenta sus facultades de vigilancia e inspección y dirección, se considera que, en cualquiera de ambos casos no son los tribunales civiles los que han de dilucidar definitivamente la cuestión sino los contencioso-administrativos quienes habrán de revisar en su caso la resolución administrativa, expresa o presunta, que habrá de recaer a la petición administrativa de indemnización del daño considerando que no se debe escindir la relación jurídica que al fin y al cabo es una, sin perjuicio además del principio de improrrogabilidad de la jurisdicción." (FJ 2)

Entrando en el caso estudiado, la Audiencia declaró lo siguiente:

"Ejecutando las empresas demandadas las obras a las que se hizo referencia, en virtud de un contrato administrativo para la ejecución de obras, conforme a adjudicación efectuada, se considera que la competencia jurisdiccional, para conocer de la posible responsabilidad de los daños causados por las explosiones, es de la jurisdicción contencioso-administrativa, en aras además al principio de seguridad jurídica [...]" (FJ 3)

A lo anterior, la Audiencia añadió que:

"[...] cuando el agente dañoso aparezca obrando dentro de la propia estructura organizativa administrativa, habrá de ser exigida la responsabilidad en la vía administrativa y posterior revi-

sión en la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que es predicable de toda clase de daños producidos por servicios y obras públicas en sentido estricto, cualquiera que sea la modalidad de la prestación, ya sea directamente, o a través de entes filiales sometidos al derecho privado o por contratistas o concesionarios. No puede olvidarse que el concesionario es un agente de la Administración titular del servicio." (FJ 3)

En virtud de lo expuesto, la Audiencia consideró que en el caso enjuiciado debía considerarse competente la jurisdicción contencioso-administrativa, confirmando, por tanto, lo declarado por la resolución impugnada.

En relación con la imposición en costas, la Audiencia entendió que, como quiera que no existe uniformidad en los criterios sustentados por las audiencias, pese a la tendencia a la unidad jurisdiccional, justificaba la no-imposición en costas de la instancia.

En consecuencia, la Audiencia estimó el recurso de apelación formulado, en el único sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento en costas de la instancia, confirmando el resto de pronunciamientos.

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la tesis de la responsabilidad directa, ver las siguientes sentencias: STS de 13 de febrero de 1987 (Aranzadi 1987/2875); STS de 20 de octubre de 1987 (Aranzadi 1987/8676); STS de 19 de mayo de 1987 (Aranzadi 1987/4513); STS de 9 de mayo de 1989 (Aranzadi 1989/4487); STS de 9 de mayo de 1995 (Aranzadi 1995/4210); STS de 11 de febrero de 1997 (Aranzadi 1997/898); STS de 31 de marzo de 1998 (Aranzadi 1998/3300), y STS de 25 de febrero de 1998 (Aranzadi 1998/1810, entre otras).

Sobre la competencia para conocer de los litigios en los que está presente el Estado o alguno de sus organismos dependientes, ver la siguiente sentencia: STS de 31 de enero de 2003.

Resolviendo a favor de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, pese a que en la vía civil se demande únicamente al concesionario o contratista, ver las siguientes resoluciones: AP de Orense de 6 de noviembre de 2002 (Aranzadi 2002/1737); AP de Alicante de 11 de septiembre de 2002 (Aranzadi 2002/272225); AP de Baleares de 15 de abril de 2002 (Aranzadi 2002/154804); AP de Baleares de 15 de abril de 2002; Audiencia Provincial de Navarra de 21 de enero de 2001; AP de Jaén de 15 de marzo de 2002 (JUR 2002/129063); AP de Segovia de 31 de diciembre de 2001; AP de Barcelona de 5 de enero de 2001; AP de León de 11 de octubre de 2000 (Aranzadi 2001/22818), o AP de Lleida de 15 de junio de 2000, entre otras.

## Audiencia Provincial de León. Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración en acción dirigida únicamente frente a una empresa aseguradora

### SUPUESTO DE HECHO

N y M presentaron una demanda de indemnización de daños y perjuicios en virtud de los artículos 1902 y 1903 del CC contra una compañía aseguradora por la posible responsabilidad civil extracontractual en que pudiera haber incurrido un hospital, asegurado en la mencionada compañía. La entidad aseguradora demandada interpuso una declinatoria de jurisdicción al considerar que el asunto correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa. El juzgado de primera instancia correspondiente se abstuvo, declarando la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Contra dicha resolución, el demandante interpuso un recurso de apelación, siendo éste desestimado por la Audiencia Provincial de León, por entender dicho tribunal que la competencia correspondía a los órganos de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En los fundamentos de derecho, el Tribunal analizó la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en los supuestos en los que el interesado accionara directamente contra la compañía aseguradora. Al respecto, éste hizo referencia al régimen existente antes de la reforma de la LOPJ de 2003 en cuya virtud:

"[...] al no estar contemplada, de forma expresa, la presencia de las compañías aseguradoras en el proceso contencioso-administrativo, dada su especial naturaleza, cuando se exige la responsabilidad patrimonial de una administración pública, lo razonable, mientras la ley no recoja, como ha hecho con los sujetos concurrentes a la producción del daño, una llamada expresa al proceso contencioso, mantener, en este supuesto, la tradicional y ya clásica *vis atractiva* de la jurisdicción civil, reconocida en el artículo 9.2 de la Ley orgánica del Poder Judicial." (FJ 1)

Sin embargo:

"[...] a partir de la reciente promulgación de la Ley orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se completa el texto del artículo 9 apartado cuatro de la Ley orgánica del Poder Judicial añadiendo el siguiente inciso: 'Igualmente conocerán –se refiere al orden contencioso-administrativo– de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva', y así mismo dicha norma da nueva redacción al apartado e) del artículo 2 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa señalando que en materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas no pueden ser demandadas aquéllas ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad civil. Por tanto con dichas disposiciones el perjudicado que quiera demandar en base al ejercicio de la acción directa del artículo 76 de la LCS además de a la administración pública a la aseguradora de la responsabilidad civil, lo podrá hacer ante la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que hasta ahora le podía estar vedado [...]" (FJ 1)

Dicho lo anterior, el Tribunal declaró que:

"[...] el atribuir la competencia al orden civil cuando se demanda únicamente a la aseguradora, supondría hurtar al orden contencioso-administrativo la competencia en una materia que conforme a las disposiciones antes citadas, le viene atri-

**ÓRGANO:** Audiencia Provincial de León. Sección Segunda. Jurisdicción civil. Recurso de apelación núm. 392/2003

**RESOLUCIÓN:** 69/2004

**FECHA:** 30 de diciembre de 2003

**PONENTE:** Ilmo. Sr. Manuel Angel Peñín del Palacio

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículo 9.4 de la Ley orgánica del Poder Judicial (LOPJ), y artículo 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJ)

**DOCTRINA:** Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración en acción dirigida únicamente frente a una empresa aseguradora (FJ 1)

buida con carácter exclusivo, cuando se trata del enjuiciamiento de actos que puedan dar lugar a responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, puesto que difícilmente se puede exigir responsabilidad a la aseguradora en esta clase de seguros, sin declarar la del asegurado y ello estaría vedado a la competencia de los tribunales civiles, debiendo ser forzosamente examinada la conducta de la administración pública, en definitiva del asegurado, antes de ser condenada la aseguradora al pago de la indemnización civil. Siendo así que la responsabilidad de la aseguradora en virtud del contrato de seguro va ineludiblemente unida a la de la Administración pública por quien responde, y con la que se halla vinculada en virtud del contrato de seguro, no pudiendo decirse por tanto que la responsabilidad de la aseguradora tenga un carácter autónomo e independiente, y ocurriendo que en la actualidad se halla generalizado el contrato de seguro de responsabilidad civil de las administraciones públicas." (FJ 1)

Por lo expuesto, el Tribunal desestimó el recurso de apelación.

### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de la acción de responsabilidad patrimonial en el caso de que la demanda únicamente se haya dirigido frente a la compañía aseguradora, ver las siguientes resoluciones: SAP de León de 2 de mayo de 2000; STS de 27 de diciembre de 2001, y STS de 21 de octubre de 2002.

En este mismo número, sobre la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de la acción de responsabilidad patrimonial en el caso de una demanda dirigida frente a una empresa constructora, ver la siguiente sentencia: SAP de Asturias 118/2004, de 23 de febrero.

## Audiencia Provincial de Málaga. Competencia de la jurisdicción civil para conocer de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración en acción dirigida únicamente frente a una empresa aseguradora

### SUPUESTO DE HECHO

Un juzgado de primera instancia condenó a una compañía aseguradora a pagar cierta cantidad de dinero a la víctima de un siniestro, así como las costas procesales correspondientes. Frente a dicha resolución, la compañía aseguradora interpuso un recurso de apelación, por entender que de dicho asunto debía conocer la jurisdicción contencioso-administrativa.

La Audiencia Provincial de Málaga desestimó el recurso de apelación.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La Audiencia hizo referencia a las divergencias doctrinales en relación con la jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad patrimonial en el caso de que la demanda se dirija únicamente frente a un sujeto privado, indicando que en ese caso:

"[...] cuando únicamente se plantea contra aquél, la conclusión que pretende la parte no es tan pacífica, puesto que dichas normas, en realidad, vienen a definir cuáles son las consecuencias y el ámbito competencial cuando se encuentre involucrada una administración pública cualquiera que sea la relación jurídica de la que dimana su intervención, mas no impone la ineludible obligación de plantear la demanda contra el organismo público, ya que aun tratándose de una vinculación solidaria impropia por derivarse de una responsabilidad extracontractual, el artículo 1144 del CC permite dicha opción al decir que 'el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente'." (FJ 2)

Dicho esto, la Audiencia citó casos en los que los tribunales habían mantenido la competencia del orden contencioso-administrativo y casos en los que se había decantado por el orden civil. En este sentido, el Tribunal declaró que:

"[...] demandándose también a la aseguradora del daño o de responsabilidad civil, la jurisdicción competente para el conocimiento de dichos asuntos es de orden civil, toda vez que, siendo la aseguradora demandada en virtud de un contrato de seguro y no como coautora del daño, tal supuesto no cae bajo la previsión de las normas anteriormente citadas de la Ley orgánica del Poder Judicial y de la jurisdicción contencioso-administrativa, y dado, además, que el perjudicado no puede ser obligado a seguir dos procesos, ante dos jurisdicciones diferentes, opera la tradicional y ya clásica *vis atractiva* de la jurisdicción civil. Y si ello ocurre en los supuestos de demanda conjunta contra sujeto privado y público, todavía con más razón debe aplicarse dicho parecer en los casos en que aquélla se dirige exclusivamente contra la compañía aseguradora." (FJ 2)

Por tanto:

"[...] dirigiendo la actora su pretensión indemnizatoria sólo contra la entidad aseguradora, y por más que sea verdad que la responsabilidad de la demandada únicamente se originaría si, por apreciarse la negligencia de la entidad pública asegurada, la misma tuviera que responder frente al perjudicado; no lo es menos que de declararse la falta de competencia de los órganos de la jurisdicción civil para el conocimiento del actual procedimiento, se estaría impidiendo a la actora la posibilidad de reclamar sólo contra la aseguradora privándola del ejercicio de la acción directa que se le reconoce en el artículo 76 de la Ley de contrato de seguro." (FJ 2)

De lo anterior, el Tribunal deducía lo siguiente:

"La jurisdicción civil es la idónea para conocer de la demanda dirigida únicamente contra una compañía aseguradora, ya que a los solos efectos prejudiciales (artículo 42.1 y 2 de la LECiv), sea necesario examinar también la responsabilidad de la

**ÓRGANO:** Audiencia Provincial de Málaga. Sección Quinta. Jurisdicción civil. Recurso de apelación núm. 305/2003

**RESOLUCIÓN:** 210/2004

**FECHA:** 30 de diciembre de 2004

**PONENTE:** Ilmo. Sr. Rafael Caballero Bonald

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículo 9.4 de la Ley orgánica del Poder Judicial (LOPJ); artículo 76 de la Ley del contrato de seguro; artículo 6.1 del Código civil; artículos 1 y 2 de la Ley de enjuiciamiento civil, y artículo 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJ)

**DOCTRINA:** Competencia de la jurisdicción civil para conocer de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración en acción dirigida únicamente frente a una empresa aseguradora (FJ 2)

administración en casos, como el presente, en los que la misma se funde en la culpa extracontractual. Radicando el segundo motivo en la necesidad de evitar a la perjudicada el peregrinaje por distintas jurisdicciones al obligarla a la vía contencioso-administrativa, ya que ello supondría tanto una conculcación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas proclamado por el artículo 24 de la de la CE, como una infracción del principio de protección preponderante del perjudicado que no tiene porqué soportar las consecuencias adversas que se desprendan de previas vinculaciones jurídicas o contractuales entre el resto de los interesados, sin perjuicio del derecho de repetición que le corresponda a los intervinientes si procediera." (FJ 2)

Por lo expuesto, el Tribunal desestimó el recurso.

### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Atribuyendo la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de la acción de responsabilidad patrimonial en el caso de una demanda dirigida frente a una empresa constructora, ver la siguiente sentencia: STS de 16 de diciembre de 1998, con voto particular.

Atribuyendo la competencia a la jurisdicción civil en el caso de que se demande conjuntamente a la aseguradora del daño o de responsabilidad civil, ver las siguientes sentencias: STS de 2 diciembre de 2002 y STS de 20 de febrero de 2003.

En este mismo número, sobre la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de la acción de responsabilidad patrimonial en el caso de una demanda dirigida frente a una empresa constructora, ver la siguiente sentencia: SAP de Asturias 118/2004, de 23 de febrero.

En este mismo número, sobre la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de la acción de responsabilidad patrimonial en el caso de una demanda dirigida frente a una empresa aseguradora, ver la siguiente sentencia: SAP de León 69/2003, de 30 de diciembre.