



Roj: **STSJ PV 372/2014 - ECLI: ES:TSJPV:2014:372**

Id Cendoj: **48020330032014100064**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Bilbao**

Sección: **3**

Fecha: **13/01/2014**

Nº de Recurso: **1040/2008**

Nº de Resolución: **12/2014**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARGARITA DIAZ PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS ACUMULADOS Nº 1040/2008 y 1392/08**

**DE Ordinario**

**SENTENCIA NUMERO 12/2014**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA

MAGISTRADOS:

D. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO

D<sup>a</sup>. MARGARITA DÍAZ PÉREZ

En Bilbao, a trece de enero de dos mil catorce.

La Sección 3<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados/as antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en los recursos recurso registrado con el número **1040/2008** y 1392/08 y seguidos por el procedimiento ordinario, en el que se impugnan: la Orden de 23 de mayo de 2.008 del Consejero de Interior del Gobierno Vasco y Orden de 3 de septiembre de 2.008 desestimatoria del recurso de reposición interpuesta contra la misma.

Son partes en dicho recurso:

- **DEMANDANTE** : PROSEGUR COMPAÑIA DE SEGURIDAD S.A., representado por la Procurador D<sup>a</sup> ROSA ALDAY MENDIZABAL y dirigido por el Letrado D. JUAN JOSÉ ONRUBIA REVUELTA.

D. Nazario , representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. MARIA TERESA BAJO AUZ y dirigido por el Letrado D. GONZALO BAJO AUZ.

- **DEMANDADA** : ADMINISTRACION GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO, representado y dirigido por el LETRADO DE LOS SERVICIOS JURIDICOS DEL GOBIERNO VASCO.

- **OTRAS DEMANDADAS**: SEGUROS LAGUN ARO S.A., representada por el Procurador D. ALFONSO LEGORBURU ORTÍZ DE URBINA y dirigido por el Letrado SR. GASTAKA GREÑO; ZURICH CIA. DE SEGUROS, representada por el Procurador D. GERMÁN ORS SIMÓN y dirigido por el Letrado D. JUAN JOSÉ ONRUBIA REVUELTA; MAPFRE EMPRESAS, representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. PAULA BASTERRECHE ARCOCHA y dirigido por el Letrado D. CARLOS M. MARRA; PROSEGUR COMPAÑIA DE SEGURIDAD S.A., representado por la Procuradora D<sup>a</sup> ROSA ALDAY MENDIZÁBAL y dirigido por el Letrado D. JUAN JOSÉ ONRUBIA REVUELTA; y D. Nazario , representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. MARIA TERESA BAJO AUZ y dirigido por el Letrado D. GONZALO BAJO AUZ.



Ha sido Magistrada Ponente la Iltrma. Sra. Dña. MARGARITA DÍAZ PÉREZ.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El día 29-7-08 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que D<sup>a</sup>. Rosa María Alday Mendizábal actuando en nombre y representación de PROSEGUR COMPAÑIA DE SEGURIDAD S.A, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Orden de 23 de mayo de 2.008 del Consejero de Interior del Gobierno Vasco; quedando registrado dicho recurso con el número **1040/2008**.

Por resolución de fecha 27/1/10 se acordó la acumulación a este recurso del que se seguía ante esta misma Sala con el número 1392/08 en el que se impugnaba también la Orden de 23 de mayo de 2.008, así como la Orden de 3 de septiembre de 2.008 desestimatoria del recurso de reposición interpuesta contra la misma; y en el que figuraban como partes Nazario , ADMINISTRACION GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO, , SEGUROS LAGUN ARO S A y ZURICH SEGUROS S.A., PROSEGUR COMPAÑIA DE SEGURIDAD S.A. y MAPFRE EMPRESAS.

**SEGUNDO.-** En los escritos de demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que estimase los pedimentos de las actoras.

**TERCERO .-** En los escritos de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que desestimase las pretensiones de la actora.

**CUARTO.-** Por Auto 7-9-11 se fijó como cuantía del presente recurso la de 322.964,83 euros.

**QUINTO .-** El procedimiento se recibió a prueba, practicándose con el resultado que obra en autos.

**SEXTO .-** En los escritos de conclusiones, las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

**SÉPTIMO.-** Por resolución de fecha 14-11-13 se señaló el pasado día 19-11-13 para la votación y fallo del presente recurso.

**OCTAVO.-** En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** A) Mediante el recurso contencioso-administrativo nº 1040/08, D<sup>a</sup>. Rosa Alday Mendizabal, procuradora de los Tribunales y de Prosegur Compañía de Seguridad, S.A., impugna la Orden de 23 de mayo de 2.008 del Consejero de Interior del Gobierno Vasco, que declara:

1º que no existe responsabilidad patrimonial de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco en relación con la reclamación formulada por D. Gonzalo Bajo Auz, en nombre y representación de D. Nazario , con motivo de las lesiones sufridas por éste el 2 de abril de 2.002;

2º la existencia de responsabilidad patrimonial de Prosegur, Compañía de Seguridad, S.A., en la cantidad de 277.035,17 euros a favor de D. Nazario , con motivo de las lesiones sufridas por éste el 2 de abril de 2.002;

3º otorga un plazo de tres meses a Prosegur, Compañía de Seguridad, S.A., para efectuar el pago de la cantidad establecida en el resuelto segundo a favor del reclamante.

B) En el recurso contencioso-administrativo nº 1392/08, acumulado al precedente, D. Nazario , y en su nombre y representación la procuradora D<sup>a</sup>. María Teresa Bajo Auz, impugna también la Orden de 23 de mayo de 2.008, así como la Orden de 3 de septiembre de 2.008 desestimatoria del recurso de reposición interpuesta contra la misma.

**SEGUNDO.-** En la demanda formulada por la representación procesal de Prosegur, Compañía de Seguridad, S.A., se interesa que con estimación total del recurso jurisdiccional, se declare que la resolución administrativa recurrida no es conforme a derecho, y en consecuencia, se deje sin efecto; se declare la inexistencia de responsabilidad patrimonial de la mercantil recurrente en los hechos objeto de recurso; y subsidiariamente, se fije la responsabilidad patrimonial de Prosegur en la cantidad de 93.365,48 euros.

En el apartado "Hechos" refiere, en síntesis:

1º El 17 de julio de 2.001 la recurrente suscribió un contrato de arrendamiento de servicios de seguridad con el Gobierno Vasco, para lo que tuvo que contar con la autorización prevista en el artículo 5.1.b) de la LSP , dicho contrato estaba vigente el día de los hechos y entre otros servicios comprendía la protección de



diversas personalidades que se encontraban amenazadas por la banda terrorista E.T.A. estableciéndose en sus cláusulas técnicas la forma de realización de los trabajos de acompañamiento.

2º El 22 de noviembre de 2.006 D. Nazario interpone reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración ante al Consejo de Interior del Gobierno Vasco por las lesiones sufridas el día 2 de abril de 2.002 a consecuencia de los disparos recibidos de un escolta privado que prestaba servicios para la empresa Prosegur Compañía De Seguridad S.A..

3º El citado día 2 de abril de 2.002 D. Alberto se encontraba realizando funciones de protección como escolta de D<sup>a</sup>. Lorena concejala del PSE del Ayuntamiento de Pasajes.

Alrededor de la 8:30 el Sr. Alberto salía del bar Lambroa situado en el Paseo de Larratxo de San Sebastián, junto a la concejala protegida, momento en el cuál vio como un individuo se aproximaba a ellos armado y a la carrera, hecho anómalo que supuso una evidente, e indiscutible, sensación de alarma y posibilidad de atentado contra la concejala protegida y que, posteriormente, dio inicio a un tiroteo en el que el trabajador de Prosegur falleció a consecuencia de las heridas causadas por los disparos realizados por el reclamante y este último herido en la pierna.

La presencia de los agentes de la Guardia Civil en el lugar de los hechos tiene su origen en el dispositivo formado por seis agentes de la Guardia Civil para la investigación y detención que se realizaba ese día sobre una banda de atracadores de entidades bancarias al tener la sospecha de que iban a actuar esa mañana en alguna de las entidades financieras existentes en el citado Paseo.

Sobre las 8:10 de la mañana, fue localizado un sospechoso por el teniente al mando del operativo al que procede a detener produciéndose un forcejeo ante la mirada de varios testigos. Dadas las circunstancias el teniente pidió refuerzos por lo que tres agentes corren en dirección a su jefe todos ellos pistola en mano cruzándose los dos primeros con la concejala y su escolta quién le grita a su protegida que se cubra mientras él trata de defenderla.

El último de los agentes se queda distanciado porque se le cae una caja de municiones mientras los otros dos agentes llegan al lugar donde se encuentra el teniente siendo entonces cuando comienzan a escucharse disparos.

Dichos disparos se producen entre el escolta y el guardia civil que se ha quedado retrasado, como respuesta a un doble error del referido agente que no se identifica como tal y que considera que el escolta es un atracador.

4º Los hechos relatados fueron objeto de enjuiciamiento por parte del Juzgado de Instrucción nº 5 de San Sebastián, que determinó por auto de fecha 1 de septiembre de 2.003 el sobreseimiento y archivo de lo actuado, auto apelado y ratificado por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa con fecha 30 de junio de 2.004 , recurrido en casación y confirmado por sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2.005 .

Se desconoce por qué razones a la hora de dictar resolución, posteriormente confirmada, no fueron tomadas en cuenta declaraciones tan importantes como las de D. Florentino , quien según la Policía Nacional encargada de la investigación fue la única persona que apreció el tiroteo en su totalidad al estar ubicado en perpendicular del lugar y en un balcón con mucha más capacidad de percepción que cualquier otro testigo, o si se tuvo en cuenta, por qué se hizo de forma tan sesgada.

Dicha declaración dejó patente sin la más mínima reserva, que el guardia civil que ahora reclama y que disparó al escolta llevaba su arma en la mano antes de producirse tiro alguno y antes de que la exhibiera el escolta toda vez que ya venía corriendo con ella en la mano.

Asimismo el citado testigo no dejó lugar a dudas respecto a que el guardia herido no se identificó en ningún momento como así lo confirmaron el resto de testigos. Todo ello consta en los folios 407 y 605 y siguientes del expediente administrativo.

Analizando más detalles de la declaración del testigo ante el Juzgado de instrucción se desprende que quien primero dispara es el Guardia Civil (folios 606 y 607); que quien primero resulto impactado es el escolta y luego el guardia civil (folios 408 y 606)

De igual forma, como se desprende de los autos y en concreto de las declaraciones de los testigos, ninguno de los otros guardias civiles presentes en el lugar de los hechos se identificaron como tales en el momento de sacar el arma, puesto que ninguno de los testigos lo oyó escuchando sin embargo los gritos del escolta a la concejala para que se pusiera a salvo, los únicos que sostienen que se produjo dicha identificación son los propios guardias civiles, obviamente interesados en exculpar a su compañero lo que invalida sus testimonios, cuando nadie más lo escuchó.



Conforme se determinó en el informe del forense y en los informes de balística, en contra de lo manifestado en su día por los agentes de la Guardia Civil, su actuación, lejos de ir encaminada a repeler una agresión no fue sino una actuación dirigida a atacar a quién, erróneamente, creían se trataba de un atracador lejos de saber que era un escolta toda vez que los disparos fueron realizados apuntando con la intención de acertar, de hecho, de los seis disparos efectuados por el guardia civil cuatro de ellos impactaron en el cuerpo del escolta y uno de ellos nada más y nada menos que en el corazón.

Lo expuesto supone que los guardia civiles vulneraron las más elementales normas de cuidado corriendo armados por una calle llena de gente y participando en un tiroteo sin producirse identificación alguna.

Según se deduce de la declaración del Sr. Florentino y de la prestada por la concejal no cabe duda respecto a que el guardia civil herido disparó por error creyendo que el escolta fallecido era uno de los atracadores, no debiéndose pasarse por alto el hecho de que el reclamante llevaba varios años trabajando en oficinas y no estaba habituado a este tipo de trabajo, circunstancias que unidas a que había sido avisado de la violencia de los atracadores sin duda le hicieron estar más nervioso de lo normal, cometiendo errores como la caída de la caja de munición, olvidar identificarse como guardia civil e iniciar un fuego a discreción sin cerciorarse de la identidad de la persona a quién dirigía los disparos.

Señala que en definitiva los hechos ocurridos el día 2 de abril de 2.002 no fueron sino un cúmulo de despropósitos y circunstancias que llevaron a un fatal desenlace como consecuencia de los errores de identificación cometidos por el Guardia Civil implicado en tiroteo, error que podía haberse evitado si el ahora reclamante hubiera actuado según los elementales criterios de cuidado que le son exigibles por su cargo y de esta manera no habría llevado a error al escolta fallecido en el tiroteo, que tuvo que actuar según le obligaban sus normas de procedimiento dado el claro peligro que según parecía corría la persona a la que protegía a la que defendió hasta el último momento.

5º D. Nazario reclamaba la cuantía de 600.000 euros en concepto de daños físicos psicológicos y morales, gastos médicos y de rehabilitación, así como lucro cesante derivado de la merma que en sus ingresos por trabajo personal se ha producido por la incapacidad total padecida y por las futuras intervenciones a las que posiblemente será sometido, sin computarlo según el baremo aplicable a los accidentes de circulación, y subsidiariamente, 361.116,96 euros en aplicación del citado baremo.

La Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco en la resolución de 23 de mayo de 2.008 que ahora se recurre señala que la cantidad, debidamente actualizada, a indemnizar debe ser de 277.035,17 euros, cantidad que, y al margen de todo lo expuesto, es excesiva, ya que es el propio reclamante quien aporta un informe pericial médico, folios 242 a 248 del expediente administrativo, elaborado a petición suya y en el que se valoran sus daños en 190.730,97 € y no en los 228.012, 48 € , antes de actualizar.

Por otra parte no se sabe cuáles han sido las bases de la actualización por lo que no se impugna expresamente.

Articula en amparo de esas pretensiones un único motivo impugnatorio que enuncia así: "Prescripción.- Inexistencia de incumplimiento normativo y, por ende , de la obligación de indemnizar.- Fuerza mayor.-Culpa exclusiva de la víctima.- Concurrencia de culpas":

A) Sobre la prescripción, sostiene que cuando D. Nazario interpuso reclamación por responsabilidad patrimonial frente a la Administración ya había transcurrido en exceso el plazo de un año que recoge con carácter imperativo el artículo 142.5 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común .

El desgraciado accidente del que trae causa el presente procedimiento ocurrió el día 2 de abril de 2.002 en el que el reclamante Don Nazario resultó herido de bala, siendo de fecha 22 de noviembre de 2.006 la primera reclamación administrativa que se presenta en el Consejo de Interior del Gobierno Vasco, esto es, cuatro años después de los hechos.

Apunta que si bien es cierto que durante este tiempo se estuvo tramitando un procedimiento penal, no interrumpió la prescripción administrativa, pues así lo preceptúa textualmente el artículo 146 de la mentada Ley de Procedimiento Administrativo Común tras su última redacción recogida en la Ley 4/1999.

En el procedimiento penal obrante en las actuaciones, quien reclamaba era la familia del escolta empleado de la recurrente, no D. Nazario , y la responsabilidad que se ventilaba era la de los guardias civiles involucrados en los hechos, y nunca la de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi encontrándonos, por tanto, con reclamaciones que si bien tienen su origen en los mismos hechos, se interponen por distintos reclamantes y frente a diferentes personas, por lo que de ninguna manera puede entenderse interrumpida la prescripción.

Si a esto se añade que conforme evidencia el expediente administrativo -folios 242 y siguientes- el ahora reclamante aporta un informe médico pericial en el que consta como fecha de estabilidad lesional el 25 de



junio de 2.004, es obvio que la reclamación de la que trae causa este recurso debió de presentarse, como último día el 25 de junio de 2.005 y, al no ser así, la prescripción es obvia por lo que debe de ser acogida.

B) En cuanto a la inexistencia de incumplimiento normativo y de la obligación de indemnizar, aduce que la actuación de la persona encargada de evitar un atentado contra la vida de la persona protegida fue, a la luz de los hechos expuestos y la relevancia de la actuación del reclamante, adecuada y proporcionada a las circunstancias concurrentes y al modo en que se desarrollaron los hechos. Fue una actuación congruente, al establecerse una relación lógica entre dos acciones - personas armadas que se dirigen hacia donde está la persona protegida/reacción encaminada a cumplir con la finalidad de protección- y proporcional por lo que en modo alguno se quiebra lo estipulado en el artículo 90 del Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre .

El escolta se encuentra con una situación -operativo de la guardia civil en evitación de un atraco- imprevista, extraordinaria y desacostumbrada por lo que estaríamos ante un supuesto de fuerza mayor no pudiéndose reprochar nada. En este sentido STS, de 21 de julio de 2.008 .

Por tanto, no puede atribuirse ni a la Administración, ni a la recurrente, ninguna responsabilidad en la producción del accidente sufrido por el guardia civil reclamante, cuando el resultado lesivo en ningún caso tiene su origen en la actuación del escolta, sino que el único factor que provocó el accidente fue el proceder negligente del guardia civil determinante de la culpa exclusiva de la víctima, habiendo quedado totalmente acreditada la ruptura del necesario nexo causal y la improcedencia de la reclamación.

Por último, subsidiariamente, arguye que se trataría de un supuesto de concurrencia de culpas pues lo que es evidente, resoluciones penales al margen, es que el ahora reclamante sí contribuyó con su imprudente y negligente conducta a la causación de sus lesiones. Concurrencia que se puede cifrar en un 50% y conduce a que se minore la cuantía indemnizatoria en el mismo porcentaje.

**TERCERO.-** La Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco ha presentado escrito de contestación a la demanda formulada por Prosegur, Compañía de Seguros, S.A., postulando su íntegra desestimación, en base a las alegaciones siguientes:

1ª La excepción de prescripción debe ser desestimada por cuanto la reclamación formulada por R.G.R. fue presentada el 22 de noviembre de 2.006, es decir, dentro del plazo establecido en el artículo 142.5 de la LRJPAC, y en el párrafo segundo del artículo 4.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo . En este sentido, no solo ha de tenerse en cuenta el informe médico pericial aportado por el propio reclamante donde consta como fecha de estabilización lesional la del 25 de junio de 2.004, sino también, siendo éste el elemento trascendente, el efecto interruptivo de un proceso penal encaminado a la fijación y determinación de los hechos ocurridos.

En el presente caso, el sobreseimiento de las actuaciones penales incoadas contra el reclamante no ha sido definitivo hasta el 23 de noviembre de 2.005, fecha en que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha dictado sentencia confirmatoria del sobreseimiento inicialmente acordado por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Donostia, en las Diligencias nº , nº 750/02, desconociéndose la fecha exacta - aunque siempre posterior- de notificación al reclamante de la sentencia dictada por el Alto Tribunal.

Proceso penal que versaba sobre hechos susceptibles de ser fijados en el mismo, con trascendencia para la concreción de la responsabilidad patrimonial de la Administración, lo que determinaba la interrupción del plazo señalado para formular la reclamación en vía administrativa.

2ª En cuanto al fondo del asunto, dice acreditado que los daños sufridos por el reclamante no fueron tanto consecuencia del funcionamiento del servicio que él mismo prestaba en su calidad de miembro de la Guardia Civil, como del servicio de acompañamiento asumido y desarrollado por la Administración General de la Comunidad Autónoma, de manera que es éste último servicio, el de acompañamiento o escolta, el que debe ser examinado a partir de los elementos de hecho acreditados, a los efectos de juzgar la existencia, o no, de un funcionamiento anormal.

En esa línea, y partiendo de los hechos dados por probados en el auto de 30 de junio de 2004 de la sección 3ª de Audiencia Provincial de Gipuzkoa , concluye que fue el escolta J.A.U.E. quien disparó su arma en primer lugar contra R.G.R., sin que existiera previa agresión a la vida o a la integridad física o libertad de su persona o a la de su protegida que justificara el uso del arma, de donde se desprende un funcionamiento anormal del servicio de acompañamiento.

3ª En relación con el sujeto obligado a indemnizar, sostiene que la actuación del escolta, aun producida en el desarrollo de un servicio de acompañamiento a personas amenazadas, no puede ser considerada, en modo alguno, como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, sino que debe ser atribuida a la errónea suposición de aquél, de que se encontraba ante un ataque terrorista o contra la seguridad de la persona protegida.



Por ello y conforme a lo establecido en el artículo 97 de la LCAP, es la empresa contratista Prosegur, empleadora de J.A.U.E., la que debe responder en exclusiva de los daños y perjuicios causados a R.G.R., por lo que debe rechazarse la pretendida concurrencia de culpas, por cuanto y tal como se recoge en el fallo judicial mencionado anteriormente, en el conjunto de la actividad desarrollada por R.G.R. puede apreciarse no sólo la conveniencia de hacer uso del arma frente al escolta J.A.U.E., sino además que ese uso fue el correcto y el proporcionado a la situación a la que se enfrentó.

4ª Se rechaza por último el motivo atinente a la indemnización, dado que la fijación de la cantidad total indemnizatoria se realiza en la Orden recurrida a través de un procedimiento detallado de cada uno de los conceptos indemnizatorios, tomando como referencia el baremo de aplicación de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, siendo correctamente cuantificados los conceptos relativos a periodo sanitario, secuelas fisiológicas, secuelas estéticas, e incapacidad permanente, todos ellos debidamente actualizados, que da como resultado la suma indemnizatoria de 277.035,17 euros, que debe considerarse adecuada a los daños y perjuicios padecidos.

**CUARTO.-** D. Nazario se ha opuesto asimismo al recurso, reiterando, en esencia, los argumentos esgrimidos por el letrado del Gobierno Vasco para rechazar la prescripción alegada de adverso, al quedar interrumpida hasta la notificación de la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2.005 por la que se le eximía de toda responsabilidad.

En lo que concierne a la cuestión de fondo, sostiene, en síntesis, que no existió el ataque al que se refiere el artículo 90 del RD 2364/1994 de 9 de diciembre, Reglamento de Seguridad Privada, pero incluso desde una perspectiva subjetiva, la actuación del escolta fue contraria a ese Reglamento, pues el mero hecho de ver a una persona portando un arma pero sin dirigirla contra su protegida o él mismo no justifica que abriera fuego contra aquélla; y que, en suma, existió un funcionamiento anormal del servicio público de acompañamiento de personalidades ( escolta ) al hacerse uso del arma de fuego sin causa justificada.

Añade que, aun cuando en sede teórica se estimara subjetivamente razonable y proporcionado el uso del arma de fuego, es decir, aun cuando el funcionamiento del servicio hubiera sido "normal", nacería igualmente la obligación indemnizatoria.

Solamente la prueba indubitada de la culpa exclusiva o concurrente de la víctima en la producción del daño exoneraría en todo o en parte a la Administración y a la empresa subcontratada de su responsabilidad patrimonial.

Con relación a la impugnación de los daños y perjuicios y la indemnización establecida, arguye que nada razona el demandante más allá de la mera oposición formal.

**QUINTO.-** En el suplico del escrito de demanda presentado por D. Nazario, se interesa el dictado de sentencia por la que con estimación del recurso, se revoque parcialmente la resolución recurrida y se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco y la responsabilidad directa de las aseguradoras Lagun Aro, Mapfre y Zurich por los daños sufridos por el actor como consecuencia de los hechos acaecidos el 2 de abril de 2.002 y les condene junto con Prosegur Compañía de Seguridad, S.A. en los siguientes términos:

1.Solidariamente a todos los demandados a indemnizar al actor en la cantidad de seiscientos mil euros más su actualización con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística desde el día 2 de abril de 2.002 hasta la fecha de la sentencia.

2.Subsidiariamente, si se opta por la aplicación con carácter orientativo del baremo de automóviles, a indemnizar al actor en la cantidad de 323.405,78 euros más su actualización con arreglo a las variaciones del índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística desde el día 2 de abril de 2.002 hasta la fecha de la sentencia.

3.- Solidariamente a todos los demandados al pago de los intereses:

-Para la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco se devengarán desde la fecha del siniestro -2 de abril de 2.002- o subsidiariamente desde la interposición de la reclamación -22 de noviembre de 2.006- hasta la de la sentencia, al tipo del interés legal del dinero.

-Para Prosegur Compañía de Seguridad, S.A. desde la fecha del siniestro -2 de abril de 2.002- y subsidiariamente desde la reclamación extrajudicial, 11 de julio de 2.006 - hasta la de la sentencia, al tipo del interés legal del dinero.



-Para las aseguradoras Lagun Aro, Mapfre y Zurich a los intereses previstos en el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, es decir al tipo del interés legal incrementado en un 50% desde la fecha del siniestro hasta el día 2 de abril de 2.004 y al tipo del 20% desde dicha fecha hasta el completo pago de la indemnización.

Alega al efecto:

1º Que existe una responsabilidad directa de la Administración contratante de Prosegur, dado que, conforme mantiene el Consejo de Estado, no empece a la pertinencia del reconocimiento de la responsabilidad de la Administración el hecho de que el servicio o actividad se haya prestado a través de contratista interpuesto, ya que el titular del servicio y comitente es siempre la Administración pública. Esta, en ningún momento deja de ejercer sobre el servicio sus potestades y de asumir la responsabilidad de los daños que su ejecución pueda causar a terceros, por lo que la obligada a indemnizar es la propia Administración, sin perjuicio de que la misma ejerza, en su caso, la acción de regreso frente a la empresa contratista.

Que igualmente directa es la responsabilidad de las Compañías aseguradoras de la responsabilidad tanto de Prosegur - Zurich- como del Gobierno Vasco, Lagun Aro y Mapfre-.

Que la duplicidad de aseguradoras en el caso del Gobierno Vasco se explica porque aun cuando el siniestro se produjo en abril de 2.002 la reclamación fue formulada con fecha 22 de noviembre de 2.006. Y así, aunque en 2.002 la compañía aseguradora del Gobierno Vasco era Lagun Aro, en marzo de 2.006 se cambió a la compañía Mapfre. Ambas pólizas cubren no solo los hechos generadores de responsabilidad ocurridos durante su vigencia sino las reclamaciones de responsabilidad efectuadas durante su vigencia independientemente de la fecha de los hechos. Además, la póliza de Lagun Aro en caso de no renovación extendía su cobertura temporal hasta las reclamaciones presentadas hasta 12 meses después de su vencimiento.

2º Valoración del daño:

1.- Indemnización a tanto alzado : alega que el hecho generador de responsabilidad fue gravemente negligente y vulnerador de normativa reglamentaria: disparar a matar sin cerciorarse de la existencia de un peligro real, por lo que el baremo de accidentes de circulación puede tomarse como un mínimo o suelo pero en ningún caso aplicarse como si se tratara un supuesto de responsabilidad sin culpa, de ahí la procedencia de una indemnización a tanto alzado de 600.000 euros, como adecuada a las graves consecuencias que el incidente ha tenido para el actor que con 28 años se vio en peligro de muerte, después mutilado y finalmente excluido de su profesión vocacional.

2.Subsidiariamente, se solicita la aplicación del baremo establecido por la Ley 30/95 en sus cuantías actualizadas a fecha 1 de enero de 2.002 según Resolución de 21 de enero de 2.002 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, aportándose ampliación del informe pericial con arreglo al baremo de la Ley 30/95 actualizado a 1 de enero de 2.002.

3. El factor de corrección por perjuicio económico: sostiene que la opción por ese baremo implica que se aplique en su integridad sin que sea de recibo su aplicación parcial o selectiva. De esta manera los factores de corrección por perjuicios económicos establecidos en la tabla IV y en el apartado b) de la tabla V tienen carácter objetivo y su aplicación es obligada siempre que la víctima esté en edad laboral y tenga ingresos, como es el caso que nos ocupa.

4.El factor de correcciónpor incapacidad permanente total de la tabla IV: dice no compartir la aplicación que se hace en la resolución recurrida de la indemnización por incapacidad permanente total en un 60% de su importe máximo de 70.505,044 euros que debe ser del 100% por cuanto el informe emitido por la Junta Médico Pericial Ordinaria nº 12 del Hospital Central de la Defensa de 10 de marzo de 2.004 concluye que el informado sufre una patología que le incapacita para el servicio con carácter definitivo imposibilitándole totalmente para las funciones propias de su Cuerpo, escala, plaza o carrera, que sufre una minusvalía/discapacidad, valorada según las tablas de la O.M.S. del 85%, y que esta discapacidad es notoria y definitiva.

Siendo indiscutible que desde el punto de vista laboral las secuelas incapacitan al Sr. Nazario en un 100% para su actividad habitual, también en los demás aspectos de su vida se ve sustancialmente afectado: familiares, sociales, deportivos, de ocio, etc.. tal y como se recoge en el informe pericial ampliatorio del Dr. Isidoro, acercándose a una genuina incapacidad absoluta.

Subsidiariamente y en todo caso procedería la aplicación de esta indemnización en el 85% de su valor máximo tal y como se propone en el preceptivo dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi con base en el tan repetido informe de la Junta Médico-pericial.

5. Improcedencia de la detracción de la cantidad de 3.600 euros correspondiente a un seguro de accidentes: y ello porque, primero, no lo prevé así el baremo, y en segundo lugar porque tal indemnización no es sino



la consecuencia de un contrato de aseguramiento complementario a cualquier otra indemnización que se perciba.

6. Deuda de valor: interesa aquí de conformidad con el artículo 141.3 de la LRJAP , su actualización a la fecha de la sentencia tal y como hace la resolución recurrida.

7. Por último, en base al mismo artículo pretende la condena al pago de los intereses de demora devengados por dicha suma en los términos expuestos en el suplico de la demanda.

**SEXTO.-** D. José Ignacio Ortiz de Álava, letrado de los Servicios Jurídicos de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco ha formalizado escrito de contestación a la demanda interpuesta por D. Nazario , solicitando la desestimación del recurso.

1º) Sobre la declaración de no responsabilidad por parte de esa Administración, señala, en primer lugar, que la actora, en su recurso de reposición en ningún momento impugna, ni siquiera hace referencia alguna, a la declaración de la no responsabilidad por parte de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco, por lo que constituye acto firme y consentido, y la consiguiente inadmisión (parcial) del recurso en lo que a este extremo se refiere.

No obstante, apunta que producidos los hechos al margen de cualquier estipulación o cláusula del contrato administrativo de protección de personalidades, y sin sometimiento a orden o instrucción alguna de la Administración contratante, la responsabilidad, a tenor de las determinaciones del artículo 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000 , y del artículo 134 del Reglamento, de los daños provocados corresponde al contratista, Prosegur Compañía de Seguridad.

2º) Sobre la cuantía de la responsabilidad patrimonial se remite en principio, a los razonamientos y consideraciones contenidos en las Órdenes impugnadas, a salvo de lo que se diga en el escrito de conclusiones, una vez practicada la prueba.

**SÉPTIMO.-** Lagun Aro, S.A. ha contestado también a la demanda, trasladando la inexistencia de responsabilidad del Gobierno Vasco, la no cobertura de la reclamación en la póliza suscrita entre ambas, al ser interpuesta cuando ya había entrado en vigor la póliza contratada con Seguros Mapfre, y lo injustificado de la reclamación económica, con remisión al informe del Dr. Ruperto .

**OCTAVO.-** Prosegur Compañía de Seguridad, S.A. y su aseguradora Zurich España Cía de Seguros y Reaseguros, S.A., se han opuesto asimismo al recurso, con remisión en cuanto a la valoración del daño al informe elaborado por el Dr. D. Ruperto , emitido a requerimiento de Mapfre Empresas, rechazando de modo expreso la indemnización solicitada a tanto alzado, y la aplicación de los factores correctores.

Añade la aseguradora que conforme pacífica jurisprudencia no puede ser condenado al pago de intereses del artículo 20 de la LCS , ante la necesidad de reconocimiento judicial del derecho de la recurrente frente al asegurado por tratarse de la Administración, subrayando que no fue hasta el 12/12/08 cuando tuvo conocimiento de los hechos enjuiciados.

**NOVENO.-** Mapfre Empresas, aseguradora de la Administración demandada, ha presentado también escrito de contestación a la demanda, en el que excediéndose del ámbito de este trámite, sostiene, primero, la prescripción de la acción al amparo del artículo 142.5 de la Ley 30/1992 , y la inexistencia de la antijuridicidad de la lesión, así como del nexo causal.

En respuesta a los motivos deducidos por el Sr. Nazario , señala la responsabilidad del contratista en aplicación del artículo 97 del RDL 2/2000, de 16 de junio ; admite la aplicación de la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones del año 2.003; se opone a la aplicación de los factores de corrección; recuerda que existiendo una franquicia de 6.000 euros, en dicho importe habrá de deducirse una eventual condena contra ella; y por último, dice inaplicables los intereses del artículo 20 LCS .

**DÉCIMO.-** Razones de orden lógico procesal obligan a comenzar nuestro análisis por el recurso deducido por la empresa Prosegur Compañía de Seguridad, S.A., que como primera alegación frente a la Orden que declara su responsabilidad en el evento lesivo acaecido el día 2 de abril de 2.002 en el Paseo de Larratxo de San Sebastián, en el que el reclamante, el agente de la Guardia Civil, D. Nazario , resultó lesionado, sostiene la prescripción de la acción resarcitoria ejercitada por éste, habida cuenta del transcurso con creces del plazo anual previsto a tal efecto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , al aparecer fechada el 22 de noviembre de 2.006 la primera reclamación administrativa cursada ante el Gobierno Vasco.

Motivo que debe ser rechazado de conformidad con la constante doctrina del Tribunal Supremo sentada en torno a la eficacia interruptiva del proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad



patrimonial, recogida, por todas, en la sentencia de 7 de junio de 2.011 (rec. casación nº 895/2007), que en su fundamento de derecho dice así:

*"CUARTO.- El motivo ha de ser desestimado, pues, de un lado, defiende en realidad una interpretación muy rigorista del instituto de la prescripción, innecesaria para preservar el valor de la seguridad jurídica que constituye la razón de ser del mismo; y, de otro, no se acomoda tampoco a la regla que se desprende o cabe percibir del tenor literal de nuestra jurisprudencia.*

No es necesario, pues no es decisiva, detenerse en la primera de esas ideas, bastando con recordar que la prescripción de la acción constituye un obstáculo al ejercicio tardío de los derechos que se impone en beneficio de la certidumbre y de la seguridad jurídica, y no en beneficio o con fundamento en la justicia intrínseca. Razón por la que debe merecer un tratamiento restrictivo, que no deje de atender al dato de si aquellos valores de certidumbre y seguridad jurídica están o pueden estar realmente afectados o puestos en peligro en el caso de autos.

Pero sí debemos detenernos en la segunda, pues la regla que se desprenda de nuestra jurisprudencia no sólo complementará el ordenamiento jurídico, lo cual ya de por sí sería suficiente, sino que, además, será la que eliminando la incertidumbre haya procurado confianza sobre cómo ha de computarse el plazo de prescripción en un caso como el de autos.

Pues bien, de dicha jurisprudencia, reflejada entre otras en las sentencias de 26 de mayo de 1998, 21 de marzo de 2000, 23 de enero y 6 de febrero de 2001, 16 de mayo de 2002, 29 de enero de 2007, 10 de abril y 12 de junio de 2008 y 3 de marzo de 2010, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación números 7586/1995, 427/1996, 7725/1996, 5451/1996, 7591/2000, 2780/2003, 5579/2003, 7363/2004 y 268/2008, se desprende, en suma: A) Que la iniciación de un proceso penal por los mismos hechos o acontecimientos de los que derivó el daño o perjuicio, cuyo objeto, potencial al menos, es o no deja de ser, también, esclarecer o fijar unos que pueden ser relevantes o trascendentes para concretar y enjuiciar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, interrumpe como regla el plazo anual de prescripción de la acción para exigirla. B) Que esa interrupción deja de operar, iniciándose de nuevo dicho plazo, una vez que la resolución que pone fin a aquel proceso se notifica a quienes, personados o no en él, tienen la condición de interesados por resultar afectados por ella. Y C) Que en tres de las sentencias citadas, la de 2007 y las dos de 2008, que tienen presentes las modificaciones operadas en la Ley 30/1992 por la Ley 4/1999, en especial la que afectó a la redacción del art. 146.2, se lee, textualmente, "que el proceso penal tiene eficacia interruptiva con carácter general y ello pues aunque, en una interpretación literal, dicha eficacia interruptiva solo debía ser efectiva para el caso de que la determinación de los hechos sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial, esta viene siendo la regla general".

Al igual que sucede en el caso examinado en la meritada sentencia, no hay motivo para que no opere en el presente la regla general de la eficacia interruptiva del proceso penal, en concreto, del seguido ante el Juzgado de Instrucción nº 5 de San Sebastián, Diligencias Previas nº 750/2002, como consecuencia del fallecimiento del escolta D. Alberto en el incidente asimismo determinante de la declaración de responsabilidad patrimonial recurrida, figurando en la causa como uno de los imputados de un delito de homicidio por imprudencia, el Sr. Nazario, de lo que se sigue la necesaria conclusión del procedimiento penal para la fijación de aspectos de indudable trascendencia en el ámbito de la acción de responsabilidad patrimonial, cual es el devenir de los hechos sucedidos en el Paseo de Larratxo de San Sebastián el 2 de abril de 2.002, y en particular, la conducta del reclamante, al que precisamente atribuye la mercantil actora en este recurso un proceder negligente, al que anuda la exención de responsabilidad administrativa o al menos, una compensación de culpas

Pues bien, el auto de 1 de septiembre de 2.003, que acuerda el sobreseimiento provisional y archivo de la causa, fue confirmado por el mismo Juzgado mediante auto de 2 de octubre de 2.003, previa desestimación del recurso de reforma; frente al mismo interpusieron recursos de apelación la Asociación de Española de Escolta y los padres del escolta fallecido, que fueron estimados parcialmente por la Audiencia Provincial de Gipuzkoa en auto de 30 de junio de 2.004; preparado contra éste recurso de casación, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dicta sentencia desestimatoria el 23 de noviembre de 2.005; por tanto, interpuesta la reclamación administrativa el 22 de noviembre de 2.006, no cabe apreciar la prescripción alegada de adverso.

**UNDÉCIMO.-** Con el resto de las alegaciones vertidas en el escrito de recurso de Prosegur, S.A. - a salvo de la objeción formulada a la cuantía indemnizatoria fijada en la Orden de 23 de mayo de 2.008, que abordaremos conjuntamente con la impugnación del Sr. Nazario - trata la defensa actora de mostrar a esta Sala la inexistencia del incumplimiento normativo que esa Orden atribuye a D. Alberto, del que deriva el funcionamiento anormal del servicio público de acompañamiento de personalidades causalmente vinculado al daño alegado por el agente de la Guardia Civil, en que a su vez se funda la declaración de responsabilidad patrimonial de la mercantil recurrente.



Son contestes las partes en que la presencia del escolta en el Paseo de Larratxo de la ciudad de San Sebastián el día de los hechos, 2 de abril de 2.002, obedecía al desempeño de las labores de protección de la concejala del Ayuntamiento de Pasajes, D<sup>a</sup>. Lorena , concurriendo a las mismas hora y lugar la actuación de un dispositivo de la Guardia Civil, de vigilancia y espera, orientado a la detención de una banda organizada de atracadores, hallándose entre los agentes intervinientes el Sr. Nazario .

No es tampoco objeto de controversia que en el transcurso de esa operación policial se produjo un tiroteo, y que fueron los disparos del arma de fuego del agente reclamante los que ocasionaron el fallecimiento del escolta, y los de éste los que causaron al agente las lesiones por las que solicita indemnización.

La discrepancia reside en la secuencia de los hechos, y singularmente, en el orden de esos disparos, que deviene esencial, y ello por cuanto en la repetida Orden, partiendo de los datos por probados en el auto de 30 de junio de 2.004 de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa , se concluye que fue el escolta Sr. Alberto quien, por error, aunque vencible, disparó su arma en primer lugar contra D. Nazario sin que existiera previa agresión a la vida o a la integridad física o libertad de su persona o a la de su protegida que justificara el uso del arma, infringiendo con ello el artículo 90 del Real Decreto 2364/1994 de 9 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada, que al regular el uso de armas por los escoltas, en su número 2 lo limita a los casos *"de agresión a la vida, integridad física o libertad, y atendiendo a criterios de proporcionalidad con el medio utilizado para el ataque"*.

En esta sede, la mercantil empleadora del escolta niega ese devenir, imputando al agente un actuar desatento a los deberes de cuidado que le competen, pues inició el tiroteo, disparando por error al Sr. Alberto bajo la convicción de que se trataba de uno de los atracadores, lo que obligó al escolta, ante el grave peligro que corrían el mismo y su protegida, a emplear su arma.

En orden a dirimir dicha divergencia fáctica no podemos ignorar el precitado auto dictado por la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de 30 de junio de 2.004 , quedando vinculado este Tribunal a la declaración de hechos probados , a lo que no empece su inclusión en la fundamentación jurídica- de esa resolución penal, de conformidad con la doctrina constitucional, de la que se hace eco el Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de enero de 2.012 (rec. 4525/2010 ) enjuiciando supuesto de responsabilidad patrimonial contra la Administración del Estado:

*"2. En la STC 158/1985, de 26 de noviembre , FJ 4, dijimos: "si el respeto a la independencia de cada órgano judicial es principio básico de nuestro ordenamiento jurídico, no es menos cierto que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado ( STC 77/1983, de 3 de octubre ), y que esta negación del principio de contradicción vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución española . Con gran claridad lo ha expresado la STC núm. 64/1984, de 21 de mayo , que hace superfluos más comentario sobre el tema:*

*(...) a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el art. 9.3 de la C.E . Pero, en cuanto a dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por el art. 24.1 de la C.E , pues no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios."*

Más adelante, en la STC 16/2008, de 31 de enero , FJ 3, también dijimos: "es evidente que la Sala no podía desconocer la premisa básica que con anterioridad se había establecido y que, para desestimar el recurso interpuesto por la actora, tenía que haber entrado a razonar, con una motivación suficiente que exteriorizase el fundamento de la decisión adoptada, por qué, si antes se había acordado por el Juzgado de lo Social, en una decisión judicial ya firme, que no había existido incumplimiento por la empresa de las normas sobre prevención de riesgos laborales, ahora partía de la premisa contraria."

Descendiendo al caso presente, la Audiencia Provincial de Gipuzkoa en el razonamiento jurídico octavo de su auto colige de las diligencias de investigación practicadas que el Sr. Nazario no actuó con imprudencia punible al disparar su arma de fuego contra el escolta fallecido ya que:

*"( ) Tal y como se ha expuesto anteriormente y que resulta de las diligencias de investigación practicadas, la situación previa al tiroteo de autos es la organización de un dispositivo de vigilancia, espera y posterior detención de una banda de atracadores peligrosos y que, el día de autos, podían ir armados;*



- según declaraciones de los agentes de la Guardia Civil con carné profesional núms. NUM000 , NUM001 , NUM002 y NUM003 , el agente imputado se encontraba "en una zona de riesgo", a la espera de la orden de actuar que diera el teniente imputado, en calidad de jefe del dispositivo, para proceder a la detención de los presuntos atracadores, siendo por ello por lo que llevaba puesto un chaleco antibalas;

- el agente imputado, según su propia declaración corroborada por la de los agentes con carné profesional núms. NUM000 y NUM001 , salió de la furgoneta en la que se hallaban apostados y comenzó a correr junto a sus compañeros por el lado derecho en sentido descendente, al objeto de prestar auxilio al teniente imputado para reducir a uno de los atracadores el cual, tal y como manifestaron los indicados agentes, el teniente imputado y los testigos Sra. Ana María , Sr. Elias , Sr. Gumersindo , Sra. Concepción y Sr. Lucio , se resistía a ser detenido y forcejeaba con el teniente y jefe del dispositivo;

- tal y como reconoció el propio agente con carné profesional num. NUM000 , y corrobora el agente con carné profesional núm. NUM001 , el único agente que portaba el arma en la mano cuando acudía al auxilio del teniente imputado era el agente num. NUM000 ;

- según indicaciones del propio agente imputado, corroboradas por la declaración testifical del Sr. Elias , aquél, en el curso\_ de su carrera, iba mas retrasada que -sus otros dos compañeros pues se detuvo para recoger la caja de municiones que se le había caído al suelo;

- por su parte el agente con carné profesional núm. NUM000 , declaró, y así lo corrobora el agente con carné profesional núm. NUM001 , que la trayectoria seguida en su carrera consistió en correr por el lado derecho del Paseo Larratxo, en sentido descendente y a través de los soportales para, posteriormente bajar por las escaleras cercanas al Bar Lambroa y acudir en auxilio del teniente y jefe del dispositivo que se encontraba al otro lado de la calle;

- aun cuando el agente imputado declaró no recordar si, tras reanudar su marcha, llegó a bajar por las escaleras cercanas al Bar Lambroa, es la propia Lorena , concejal protegida por el escolta fallecido y testigo más directo de los hechos investigados, la que manifiesta en su declaración policial y reitera en su declaración ante el Instructor, que la persona a la que observó bajar detrás de ella y su escolta por las indicadas escaleras, portando una pistola en la mano, no era el agente imputado ya que las ropas que portaban uno y otro no coincidían;

- según el informe de la autopsia practicada al fallecido, y los informes de balística e inspección técnica del lugar de autos y del vehículo Ford Fiesta, matrícula VF-....-UX obrantes en las actuaciones, las balas halladas en el cuerpo del fallecido fueron disparadas por el arma marca Star, M 30, n° de identificación NUM004 , perteneciente al agente imputado, y las halladas en el cuerpo de éste último y en su chaleco antibalas lo fueron por el arma marca Star, M31-P, n° de identificación NUM005 , perteneciente al escolta fallecido;

- tal y como se desprende de los indicados informes de balística e inspección técnica del lugar y del vehículo Ford Fiesta, matrícula VF-....-UX unidos a las actuaciones, las únicas armas que se dispararon el día de autos fueron las pertenecientes al agente imputado y al escolta fallecido, llegándose a efectuar un total de 14 disparos de los cuales, 8 fueron repercutidos por el arma perteneciente al escolta fallecido, y 6 por el arma perteneciente al agente imputado;

- frente a los restantes testigos presenciales de los hechos, los cuales no pueden precisar el orden exacto en el que se produjeron los disparos, la Sra. Apolonia manifestó en su declaración policial y ante el Instructor de la causa que los primeros disparos que se escucharon provenían de la parte de la calle donde se ubica el Bar Kantauri que era la zona donde se encontraba situado el escolta fallecido, llegando incluso a manifestar en su declaración ante el Instructor que pudo observar al otro lado de la calle donde se ubica el Bar Lambroa, es decir, donde se hallaba el agente imputado, a una persona agachada entre dos coches con un arma en la mano, declaración testifical que corrobora, por tanto, la versión dada por el agente imputado sobre el extremo de no ser él el primero en efectuar los disparos, así como el hecho de verse obligado a resguardarse de la agresión con arma de fuego de la que estaba siendo objeto detrás del vehículo Ford Fiesta, matrícula VF-....-UX , estacionado en dicho lado de la calle y que tenía más próximo;

- tal y como coinciden en manifestar la mayoría de los testigos presenciales de los hechos, el día de autos se escucharon, en primer lugar, una serie de disparos más espaciados entre sí y, posteriormente, otra serie de disparos mucho más seguidos, extremo éste que vendría a corroborar la versión dada por el imputado sobre que el hecho de que fue tras reanudar la marcha y una vez se percató de la presencia a su izquierda de una persona portando un arma en la mano, cuando desenfundó la suya recibiendo un primer impacto en la pierna y que, tras refugiarse rápidamente detrás del vehículo Ford Fiesta, matrícula VF-....-UX pero al tiempo de incorporarse parapetado tras el mismo, fue cuando continuaron los disparos, se rompieron los cristales del indicado vehículo, y decidió empezar a repeler la agresión con arma de fuego de la que estaba siendo objeto, disparando de manera instintiva y continuada hasta caer al suelo;



Así pues, consecuencia lógica de lo expuesto es que en el conjunto de la actividad desarrollada por el agente de la autoridad imputado puede apreciarse no solo la conveniencia de hacer uso del arma frente al escolta fallecido, sino además que ese uso fue el correcto y el proporcionado a la situación a la que se enfrentó, es decir, que el supuesto de autos no existió una evidente desproporción y, por lo tanto, tampoco una acción imprudente por no guardar el cuidado que le era exigible atendidas las circunstancias concurrentes pues:

.-ninguna duda suscita la conveniencia y la proporcionalidad de hacer uso, el agente de la autoridad imputado, de su arma de fuego ya que su acción se desarrolló en el contexto del operativo de vigilancia, espera y detención de una banda de atracadores peligrosos y posiblemente armados, y la misma tuvo por objeto repeler la agresión con arma de fuego de la que se estaba siendo objeto, con el debido peligro que para su vida o integridad física implicaba la misma, peligro real y evidente que se materializó en los impactos de bala recibidos en su pierna y en el chaleco antibalas que portaba;

.- el agente de la autoridad imputado vino, con su actuación, a cumplir además con las normas comprendidas en el artículo 5.2, c ) y d) de la L.O. 2/1986 de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del estado, de 13 de marzo de 1.986, así como con la Circular de la Guardia Civil núm. 1/1994, de 28 de febrero que regula el uso de las armas durante el servicio, y que le vincula igualmente en su condición de agente de la Guardia Civil, ya que su acción tuvo por causa evitar un daño grave e inmediato frente a una situación de riesgo racional para su vida o integridad física, e incluso para el de las terceras personas que transitaran por el lugar de los hechos> > .

En base al relato fáctico transcrito, el Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de noviembre de 2.005 , encuentra asimismo justificada la actuación del agente, al "*no ser el agente de la autoridad el primero en efectuar los disparos, así como el hecho de verse obligado a resguardarse de la agresión con arma de fuego de la que estaba siendo objeto detrás del vehículo Ford Fiesta, matrícula VF-....-UX , cubriendo y recibiendo su primer impacto de bala en la pierna, y al tiempo de incorporarse parapetado tras el mismo, fue cuando continuaron los disparos, se rompieron los cristales del indicado vehículo y decidió dicho agente empezar a repeler la agresión con arma de fuego de la que estaba siendo objeto, disparando de manera instintiva y continuada hasta caer al suelo*".

Por tanto, en el proceso penal se descarta cualquier conducta ilícita del agente, de la que inferir su culpa exclusiva en el suceso dañoso, siquiera concurrente con la del escolta, no existiendo razón que permita apartarnos de las conclusiones valorativas del auto, máxime cuando la defensa de Prosegur, S.A. fía su versión, en el aspecto nuclear sobre quien de los dos directamente implicados en el tiroteo efectuó el primer disparo, a la sola declaración de uno de los testigos, D. Florentino , que tanto en su comparecencia en la Comisaría, como ante el Juzgado de Instrucción reiteró que no podía precisar con seguridad quien empezó el tiroteo; atendidos los hechos declarados probados penalmente, es llano que no hubo agresión, ni amenaza hacia el escolta, ni su protegida, sin que la actuación de los agentes del dispositivo en los alrededores, que en ningún caso se dirigieron a ellos, justificara el empleo del arma, procediendo el reclamante a identificarse como guardia civil ante el escolta, hecho ratificado ante esta Sala por el agente NUM001 , integrante del mismo dispositivo, que ha depuesto a instancia de la defensa del Sr. Nazario . Incurrió, así, el empleado de la mercantil recurrente en infracción de la previsión contenida en el artículo 90.2 del Reglamento de Seguridad Privada , lo que aboca al fracaso el presente motivo, y con él, del recurso interpuesto por Prosegur.

**DUODÉCIMO.**- Entrando a conocer del recurso deducido por D. Nazario , y en lo que concierne al primero de los motivos impugnatorios, hemos de convenir con la defensa del Gobierno Vasco, en que efectivamente el Sr. Nazario en su recurso de reposición interpuesto frente a la Orden de 23 de mayo de 2.008 no ejercitó pretensión alguna dirigida a la extensión del deber de resarcimiento a la Administración demandada, pues interesó exclusivamente la corrección al alza de la indemnización fijada en dicha Orden a satisfacer por Prosegur, S.A., dejando firme y consentida la declaración de responsabilidad patrimonial de ésta, por lo que no puede suscitar en sede jurisdiccional la controversia sobre cuál de las dos partes contratantes es la responsable de los daños reclamados; en este sentido, el artículo 56.1 de la Ley Jurisdiccional admite expresamente la alegación en los escritos de demanda y contestación de cuantos motivos procedan, hayan sido o no alegados en vía administrativa, mas siempre que no quede alterada la pretensión. En consecuencia, aquella pretensión, en tanto introducida ex novo en el escrito de demanda, debe ser inadmitida.

En todo caso, la responsabilidad directa de la Administración que propugna el recurrente no es atendible, conforme al régimen de responsabilidad patrimonial extracontractual directa del contratista que se dispone por el artículo 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aplicable por razones temporales.

Basta señalar sintéticamente, siguiendo consolidada doctrina jurisprudencial, por todas, la reciente sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 14 de octubre de 2.013 (rec. de casación nº 704/2011 ), que con arreglo a ese precepto, la regla general en estos casos es la de la responsabilidad del contratista por los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato, debido a que su intervención rompe el



nexo causal, exonerando a la Administración; sin embargo, y por excepción, teniendo en cuenta la titularidad administrativa de la operación y el fin público que se trata de satisfacer, la propia norma precisa que responde la Administración contratante cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de sus órdenes o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma.

Así lo entendió el Consejero de Interior en la Orden de 23 de mayo de 2.008, que ante la reclamación presentada por el Sr. Nazario contra el Gobierno Vasco y Prosegur, Compañía de Seguridad, S.A., y tras la preceptiva audiencia de esta mercantil, sostuvo, una vez analizado el Pliego de Clausulas Administrativas del contrato suscrito entre ambas y a la vista del informe solicitado a la Secretaría Técnica de la Dirección de la Ertzaintza sobre los aspectos relacionados con el servicio prestado por D. Alberto , que el daño no había sido causado por clausulas impuestas por la Administración de ineludible cumplimiento para el contratista, ni era consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, con la subsiguiente imputación del daño a la contratista.

Aseveración que no combatió el recurrente ni en el recurso administrativo, ni tampoco en esta sede, por lo tanto, la atribución de la responsabilidad en el perjuicio resarcible a Prosegur Compañía de Seguridad, S.A., no merece reproche jurídico, al obedecer a una recta aplicación del artículo 97.1 de la Ley de Contratos .

**DECIMOTERCERO.-** Restar analizar la valoración del daño, considerando esta Sala plenamente acertada la cuantificación que efectúa la Orden que se impugna, en aplicación de la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre , así como de la Resolución de 21 de enero de 2.002 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal, que resultan de aplicar durante el año 2.002, el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que venimos utilizando con carácter ilustrativo, que no vinculante, para el cálculo de las indemnizaciones en concepto de responsabilidad patrimonial, no justificando las circunstancias del evento dañoso que nos ocupa, ni la gravedad de las lesiones del agente, la fijación de una cantidad a tanto alzado.

Sentada la oportuna elección de ese baremo, se acepta el periodo de sanidad de 815 días valorado por la Administración, en tanto que es coincidente con el establecido en el informe médico-pericial que se adjunta a la demanda, elaborado por el Dr. D. Isidoro , que distingue asimismo 42 días de estancia hospitalaria y 773 días sólo impeditivos, y con el parecer expresado por el Dr. D. Ruperto , que interviene a instancia de Mapfre Empresas, en el acto de ratificación de su dictamen . Coincidencia que no se da respecto de la puntuación total asignada a las secuelas funcionales y a los perjuicios estéticos, 59 y 18 puntos respectivamente en la Orden, frente a los 71 y 14 puntos obtenidos en el informe pericial complementario emitido por Dr. Isidoro , y los 56 y 18 puntos atribuidos por el Dr. Ruperto , estimándose razonada y razonable la propuesta del Gobierno Vasco, que por consiguiente debe mantenerse.

Es igualmente atinada la exclusión del factor de corrección por perjuicio económico por los ingresos dejados de percibir por trabajo personal, ya que no siendo de aplicación en este Orden la norma que lo contempla, no se acredita que en este supuesto sea necesario para cubrir el principio de indemnidad.

No sucede lo mismo, tal y como ha considerado la Administración demandada, con el factor corrector por incapacidad permanente total, atendido el contenido del informe de la Junta Médico-pericial Ordinaria nº 12 del Hospital Central de Defensa, de fecha 10 de marzo de 2.004, que reconoce la incapacidad del recurrente para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, Escala y plaza y un grado de minusvalía del 85% , y del que se infiere un perjuicio mayor que el resarcido con la valoración de las secuelas y periodo de incapacidad.

En la Resolución de 21 de enero de 2.002, para el factor corrector en la modalidad de incapacidad permanente total se fija una cantidad mínima de 14.101,013805, y una máxima de 70.505,044336; en la Orden impugnada, tras detallada explicación, se aplica un porcentaje del 60% sobre la máxima, que defiende también el Dr. Ruperto , y que a juicio de esta Sala, resulta adecuada ponderadas las circunstancias del caso, sin que el dictamen ampliatorio antes reseñado, como tampoco el informe de la Junta Médico-pericial Ordinaria nº 12, de fecha 10 de marzo de 2.004, ofrezcan información relevante que avale la aplicación del pretendido incremento hasta el 100%, ni del 85% solicitado con carácter subsidiario, siendo que el reconocimiento de un grado de minusvalía del 85%, en modo alguno conlleva la automática aplicación de ese porcentaje en la asignación del factor corrector, al tratarse de conceptos netamente distintos.

Se sigue de lo razonado la conformidad a derecho de la cantidad de 231.612, 486 euros, a que asciende en la Orden recurrida la suma de las partidas indemnizatorias expuestas, y que ha sido actualizada conforme lo establecido en el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre .

No obstante, asiste razón al recurrente cuando se opone a la deducción del importe de 3.600 euros recibidos por cuenta de un seguro de accidentes contratado a favor de los miembros de la Guardia Civil, por cuanto trae causa de una relación contractual de aseguramiento, ajena a la responsabilidad patrimonial que enjuiciamos,



no siendo viable la subrogación de la aseguradora en los derechos del asegurado frente a terceros, una vez pagada la indemnización ex artículo 82 de Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro .

Procede, por tanto, reconocer el derecho del Sr. Nazario al abono por Prosegur, S.A. y su Aseguradora, Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros, S.A., de la cantidad de 3.600 euros indebidamente detraída del quantum indemnizatorio.

En razón de la fecha a la que se efectúa la valoración del daño, y con el exclusivo fundamento en la habilitación legal para la adopción por el órgano jurisdiccional de medidas dirigidas a obtener el pleno restablecimiento de la situación jurídica reconocida por la sentencia, los demandados quedarán, asimismo, obligados a satisfacer la cantidad que se obtenga de la aplicación al periodo de referencia del índice general de precios al consumo fijado por el Instituto Nacional de Estadística. Este criterio para el cálculo de la actualización se corresponde con el previsto para el procedimiento administrativo por el artículo 141.3 de la Ley 30/1992 y su aplicación al proceso se ofrece como resultado de la sesión de unificación de criterios celebrada en esta Sala el día 20 de febrero de 2.008.

Encontrándose habilitado el referido criterio de actualización por la doctrina jurisprudencial establecida por la Sala Tercera- Sección Sexta del Tribunal Supremo en las sentencias de 16 de octubre de 2.007 (recurso de casación nº 9768/2003 ), 31 de octubre de 2.007 (recurso de casación nº 8199/2002 ), 14 de noviembre de 2007 (recurso de casación nº 3881/2004 ), 5 de diciembre de 2007 (recurso de casación nº 3423/2005 ), 11 de diciembre de 2.007 (recurso de casación nº 1213/2004 ) y 31 de diciembre de 2.007 (recurso contencioso-administrativo nº 96/2006 ).

Por último, negativa ha de ser la respuesta a la petición de los intereses moratorios a satisfacer por la aseguradora previstos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro .

El Tribunal Supremo, Sala Tercera, en sentencia de 4 de julio de 2.012 (rec. de casación nº 2724/11 ), estudia su aplicación en supuestos de responsabilidad patrimonial, y en su fundamento de derecho cuarto dice:

*< < La postura de este Tribunal está clara al efecto, y plenamente consolidada, por las sentencias que se citan por la recurrente y otras muchas que se han ido produciendo, como es la reciente de veintinueve de marzo de dos mil once (recurso de casación 2794/2009 ), que si bien se dicta en el ámbito de un accidente de tráfico, recoge afirmaciones indudablemente aplicables al presente caso:*

*"La doctrina reflejada en la sentencia que el motivo invoca, dictada el 10 de octubre de 2008 por la Sala Primera de este Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 1445/2003 , no pone de relieve tampoco la errónea interpretación por la Sala de instancia de aquel art. 20.8, pues se dice en el párrafo tercero del fundamento de derecho segundo de aquélla que " en la aplicación del precepto invocado, la jurisprudencia de esta Sala (véanse, entre muchas otras, las Sentencias de 11 de noviembre y de 21 de diciembre de 2007 ) ha destacado la necesidad de valorar la posición de las partes y la razonabilidad de la oposición o del impago por parte de la compañía aseguradora, sentando la regla de que los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro se deben si no se encuentra una razón justificativa del impago de la indemnización por parte de la compañía aseguradora, y precisando que la norma se dirige a atajar el problema práctico de utilizar el proceso como maniobra para retrasar o dificultar el cumplimiento de la obligación de pago de la indemnización. Se trata, pues, de verificar en cada caso la razonabilidad de la postura del asegurador resistente o renuente al pago de la indemnización; razonabilidad que cabe apreciar, con carácter general, en los casos en que se discute la existencia del siniestro, sus causas, o la cobertura del seguro, o cuando hay incertidumbre sobre el importe de la indemnización, habiéndose valorado los elementos de razonabilidad en el proceso mismo, en los casos en que la oposición se declara al menos parcialmente ajustada a Derecho, cuando es necesaria la determinación judicial ante la discrepancia de las partes, o cuando se reclama una indemnización notablemente exagerada ( Sentencia de 21 de diciembre de 2007 )> > .*

En este caso, no cabe apreciar una demora injustificada en la satisfacción de la indemnización en relación con la fecha del accidente, imputable a la aseguradora, habida cuenta que ha sido preciso el debate en sede judicial a instancia del propio reclamante, y no solo para la determinación del concreto quantum indemnizatorio, al cuestionar también la inexistencia de responsabilidad de la Administración contratante, resultando asimismo discutida la incidencia del funcionamiento del servicio público de acompañamiento en el evento dañoso.

**DECIMOCUARTO.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la L.J.C.A. de 1998 , en redacción transitoria aplicable según lo establecido en la Disposición Transitoria Única de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, no se hace expreso pronunciamiento, al no apreciarse temeridad, ni mala fe en las partes.

Y es por los anteriores fundamentos jurídicos por los que este Tribunal emite el siguiente

**FALLO**

QUE CONOCIENDO DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. FRENTE A LA ORDEN DE 23 DE MAYO DE 2.008 DEL CONSEJERO DE INTERIOR DEL GOBIERNO VASCO, Y DEL FORMULADO POR LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE D. Nazario CONTRA ESA ORDEN Y LA DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2.008 DESESTIMATORIA DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTA CONTRA LA MISMA, DEBEMOS:

**PRIMERO** : INADMITIR LA PRETENSIÓN EJERCITADA EN LA DEMANDA PRESENTADA POR EL SR. Nazario , DIRIGIDA A LA DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO.

**SEGUNDO**: DECLARAR QUE LA ACTUACIÓN RECURRIDA NO ES CONFORME A DERECHO EN CUANTO DETRAE DE LA INDEMNIZACIÓN DEBIDA AL SR. Nazario LA CANTIDAD DE 3.600 EUROS, POR LO QUE DEBEMOS ANULARLA Y LA ANULAMOS EN ESE CONCRETO EXTREMO.

**TERCERO**: DECLARAR EL DERECHO DEL RECURRENTE A SER INDEMNIZADO POR PROSEGUR, COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. Y SU ASEGURADORA ZURICH ESPAÑA CÍA. DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., CON LA CANTIDAD TRES MIL SEISCIENTOS EUROS (3.600 EUROS), CALCULADA CON REFERENCIA A LA FECHA DE PRODUCCIÓN DEL DAÑO.

ESTA CANTIDAD HABRÁ DE VERSE INCREMENTADA, EN CONCEPTO DE MEDIDA COMPLEMENTARIA DE RESTABLECIMIENTO DE LA SITUACION JURIDICA RECONOCIDA, EN LA QUE RESULTE DE LA APLICACION A LA MISMA DEL ÍNDICE GENERAL DE PRECIOS AL CONSUMO FIJADO POR EL INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, DESDE EL DIA 2 DE ABRIL DE 2.002 HASTA EL DÍA EN QUE TENGA LUGAR LA NOTIFICACION DE ESTA SENTENCIA A LA ADMINISTRACIÓN DEMANDADA.

**CUARTO**: LA DESESTIMACIÓN DEL RESTO DE PRETENSIONES EJERCITADAS EN AMBOS RECURSOS.

**QUINTO**.- LA NO IMPOSICION A NINGUNA DE LAS PARTES DE LAS COSTAS PROCESALES CAUSADAS.

ESTA SENTENCIA ES FIRME Y NO CABE CONTRA ELLA RECURSO ORDINARIO ALGUNO, SIN PERJUICIO DE LO CUAL, LAS PARTES PODRÁN INTERPONER LOS QUE ESTIMEN PERTINENTES. CONFORME DISPONE ARTÍCULO 104 DE LA LJCA , EN EL PLAZO DE DIEZ DÍAS, REMÍTASE OFICIO A LA ADMINISTRACIÓN DEMANDADA, AL QUE SE ACOMPAÑARÁ EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO Y TESTIMONIO DE ESTA SENTENCIA, A FIN DE QUE LA LLEVE A PURO Y DEBIDO EFECTO Y PRACTIQUE LO QUE EXIJA EL CUMPLIMIENTO DE LAS DECLARACIONES CONTENIDAS EN EL FALLO. HÁGASE SABER A LA ADMINISTRACIÓN QUE EN EL PLAZO DE DIEZ DÍAS DEBERÁ ACUSAR RECIBO DE DICHA DOCUMENTACIÓN E INDICAR EL ÓRGANO RESPONSABLE DEL CUMPLIMIENTO DEL FALLO.

ASÍ POR ESTA NUESTRA SENTENCIA DE LA QUE SE LLEVARÁ TESTIMONIO A LOS AUTOS, LO PRONUNCIAMOS, MANDAMOS Y FIRMAMOS.

**PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el lltmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario doy fe en Bilbao, a 13 de enero de 2014.