



Recurso Nº: 828/2007

RECURSO CASACION Num.: 828/2007

Votación: 25/05/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: Santiago Martínez-Vares García

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: CUARTA

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Ricardo Enríquez Sancho

Magistrados:

D. Segundo Menéndez Pérez
D. Enrique Lecumberri Martí
D. Santiago Martínez-Vares García
D^a. Celsa Pico Lorenzo
D. Antonio Martí García

En la Villa de Madrid, a uno de Junio de dos mil once.

La Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, ha visto el recurso de casación número 828 de 2007, interpuesto por la Procuradora Doña Rosa Sorribes Calle, en nombre y representación de Don BEMBA FOFANA, contra la Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia

Nacional, de fecha veintiséis de diciembre de dos mil seis, en el recurso contencioso-administrativo número 907 de 2005.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Quinta, dictó Sentencia, el veintiséis de diciembre de dos mil seis, en el Recurso número 907 de 2005, en cuya parte dispositiva se establecía: "Que desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de **DON BEMBA FOFANA**, contra el acto a que estas actuaciones se contraen, acto que confirmamos por ser ajustado a derecho; sin costas".

SEGUNDO.- En escrito de veintitrés de enero de dos mil siete, el Procurador Don Enrique Sorribes Torra, en nombre y representación de Don Bemba Fofana, interesó se tuviera por presentado el recurso de casación contra la Sentencia mencionada de esa Sala de fecha veintiséis de diciembre de dos mil seis.

La Sala de Instancia, por Diligencia de Ordenación de veinticuatro de enero de dos mil siete, procedió a tener por preparado el Recurso de Casación, con emplazamiento de las partes ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el plazo de treinta días.

TERCERO.- En escrito de la Procuradora Doña Rosa Sorribes Calle, en nombre y representación de Don Bemba Fofana, se procedió a formalizar el Recurso de Casación, interesando la revocación de la Sentencia dictada por la Sala de instancia, y que se dictase en su día nueva resolución ajustada a Derecho, admitiéndose el mismo por Providencia de veinticuatro de septiembre de dos mil siete.

CUARTO.- En escrito de cuatro de enero de dos mil ocho, el Abogado del Estado, en la representación legal que por ministerio de la ley ostenta, manifiesta su oposición al Recurso de Casación y solicita se dicte sentencia por la que se declare no haber lugar al recurso y se impongan las costas al recurrente.



Recurso Nº: 828/2007

QUINTO.- Acordado señalar día para la votación y fallo, fue fijado a tal fin el día veinticinco de mayo de dos mil once, en cuya fecha tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **SANTIAGO MARTÍNEZ-VARES GARCÍA**, Magistrado de la Sala que expresa la decisión de la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de D. Bemba Fofana interpone recurso de casación frente a la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Quinta, de veintiséis de diciembre de dos mil seis, pronunciada en el recurso contencioso administrativo núm. 907/2005, que desestimó el recurso citado deducido frente a la Resolución del Ministerio del Interior de 22 de septiembre de 2005 que decidió desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada.

SEGUNDO.- La sentencia objeto de recurso en el primero de sus antecedentes de hecho expuso lo que sigue: "El día 11 de octubre de 1995, el hoy recurrente que había entrado ilegalmente en Ceuta procedente de Somalia o Malí, participó en una manifestación no autorizada que se desarrolló con gran violencia, produciéndose lesiones a decenas de agentes, uno de ellos herido grave por arma de fuego; ante la actitud violenta de los manifestantes y tras varios intentos de pacificación por parte de la Policía Local, fue necesaria la actuación conjunta de las Unidades Antidisturbios de la Policía, y Guardia Civil. También resultaron lesionados manifestantes y otros civiles así como desperfectos en bienes públicos y privados.

El Sr. Fofana resultó herido y trasladado al Hospital de la Cruz Roja de Ceuta, tuvo que ser intervenido quirúrgicamente amputándosele un riñón, siendo dado de alta a los nueve días.

Posteriormente estuvo en Granada y Almería sin ningún problema de salud.

El 18 de octubre de 2001 ingresó en el Hospital de Palma de Mallorca con dolor abdominal, permaneciendo ingresado hasta el 5 de noviembre. Fue dado de alta sin necesidad de tratamiento; conociendo que le había sido extirpado un riñón en ese momento.

En junio y agosto de 2002 fue ingresado en el Hospital de Barbastro (Huesca) donde se le prescribe que acuda a consulta de nefrología el 25 de septiembre pero no fue.

Desde el 2 de mayo de 2003 recibe sesiones de diálisis y está en lista de espera para trasplante renal.

En 2003 solicitó responsabilidades penales, incoándose Diligencia Previa 1282/03 que concluyeron con sobreseimiento provisional por Auto de 9 de julio de 2003.

El 3 de diciembre de 2003 presenta instancia en reclamación de indemnización por los daños de 1995. Tramitado el correspondiente expediente, por resolución de 25 de septiembre de 2005 el Ministerio de Interior acuerda la desestimación.

Ante ello acude a la vía jurisdiccional".

Ya en sus fundamentos de Derecho la sentencia identifica en el primero la resolución recurrida y las posiciones de las partes, y en el segundo examina la prescripción de la acción de responsabilidad invocada por el Sr. Abogado del Estado y afirma que: "El art. 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y el art. 4.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 marzo, que aprueba el Reglamento de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, establecen que el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo comenzará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. En cuanto a la determinación del día inicial o "dies a quo" para apreciar si concurre la prescripción de la acción, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene reiterando que el día inicial no será aquel en que se produce el daño, sino aquel en que termina de manifestarse el efecto lesivo, o se alcanza la curación o la determinación de las secuelas físicas, con lo que el perjudicado adquiere cabal y perfecto conocimiento de la trascendencia y del mal que padece (Sentencias de 5 junio 1991, 10 mayo 1993 y 30 abril 1996).

En el supuesto que nos ocupa la operación fue en octubre de 1995 y en octubre de 2001 tiene conocimiento de la extirpación de uno de sus riñones; la reclamación de responsabilidad se interpone el 3 de diciembre de 2003 y por tanto, la acción para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado ha prescrito, sin que conste variación de la enfermedad en el curso del tiempo transcurrido. No obstante, a mayor abundamiento pasamos a examinar el fondo del asunto".

En el tercero de los fundamentos la sentencia menciona las normas del ordenamiento jurídico por las que se rige la responsabilidad patrimonial de las

es una nefropatía muscular por hipertensión, enfermedad que afecta a ambos riñones por igual, no a uno solo".

TERCERO.- El recurso que plantea la representación procesal del Sr. Bemba Fofana contiene dos motivos de casación al amparo ambos del apartado d) del número 1 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción por "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate," y dentro de ese marco invoca también el apartado 3 de ese precepto que afirma que el "Tribunal Supremo podrá integrar en los hechos admitidos como probados por el Tribunal de instancia aquellos que, habiendo sido omitidos por éste, estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, incluso la desviación de poder".

El primero de los motivos considera que la sentencia recurrida infringe el "artículo 139 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con el artículo 106.2 de la Constitución Española".

Refiere el motivo las normas por las que se rige la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en nuestro ordenamiento jurídico y los requisitos que han de concurrir para que la misma pueda apreciarse, y tras referirse a los hechos que la sentencia recoge en el antecedente primero y lo que expone en los fundamentos quinto y sexto para rechazar la existencia en el supuesto de relación de causalidad mantiene que "la posible intervención del Sr. Fofana en los actos que se relacionan en el informe de la Policía obrante en las actuaciones no exonera a la Administración de su responsabilidad:

-En primer lugar cabe señalar que el hecho de que se diga que el Sr. Fofana figuraba entre los alborotadores es una simple manifestación que carece de todo rigor, pues una cosa es que figure entre las personas que se enfrentaron a la policía y otra muy distinta que sea de los que realmente se enfrentó. En otras palabras -como ya se decía en la demanda- el estar con el grupo de alborotadores no convierte a la persona, necesariamente, en alborotador.

-Por lo demás, la Sentencia no toma en consideración la prueba testifical propuesta por esta representación del Sr. BADIOKOU DIARRA con NIE X-.2038043-J, en la que indica que en fecha 11 de octubre de 1995 se



Recurso Nº: 828/2007

hallaba efectivamente en Ceuta junto con Bemba Fofana y otros extranjeros y "que pudo observar como uno de los policías golpeaba a Bemba Fofana" y como éste "vomitaba sangre".

Ratifica lo acontecido el Informe emitido por la Comisaría de Policía en el que se indica que "el Sr. Bemba Fofana fue asistido en el Hospital la Cruz Roja por Hematoma en abdomen y permaneció hospitalizado en dicho centro en la habitación 406".

Al contrario de lo que se dice en la Sentencia objeto del recurso existen datos suficientes en autos para considerar que la carga policial resultó desproporcionada, pues no existe dato alguno que permita señalar que el policía herido por arma de fuego lo fuera precisamente por disparo de alguno de los manifestantes. Es decir, existe responsabilidad de la Administración, por cuanto no supo controlar adecuadamente a un colectivo de personas que se hallaban ilegalmente en España. Al respecto conviene significar las numerosas notas de prensa que constan acompañadas a los autos de las que puede inferirse que la situación se agravaba día tras día, sin que las autoridades establecieran el control adecuado de la situación. Por consiguiente, entendemos que no puede hablarse de actuación proporcionada cuando el alboroto viene producido por la propia indeterminación de las autoridades que durante días mantienen en una situación de desamparo a un colectivo de personas. En definitiva, la actuación de la policía fue del todo desproporcionada".

Y cita las sentencias de esta Sala de 7 de octubre de 1995 y 18 de enero de 1982 que favorecen su planteamiento para concluir que los medios utilizados por las fuerzas del orden fueron desproporcionados y el "Sr. Fofana no tiene la obligación jurídica de soportar el daño provocado por el actuar de la administración, porque no fue él quien voluntariamente creó la situación de riesgo, de modo que las fuerzas del orden actuaron de forma desproporcionada, sin respetar los principio de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios antidisturbios que exige el artículo 5.2.C) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad".

Por su parte el Sr. Abogado del Estado opone al recurso conjuntamente, y en relación con los dos motivos, que la sentencia debe confirmarse de acuerdo con lo que resulta de sus fundamentos de derecho segundo y quinto puesto que no existe lesión, es decir, daño antijurídico por que el recurrente se colocó en una situación de riesgo al participar en la algarada de 1995 y porque no está acreditado que las lesiones las causasen



las fuerzas del orden. Y porque la acción estaba prescrita cuando se reclama en 2003.

Este primer motivo no puede prosperar. En primer término no es preciso integrar hecho alguno al modo en el que número 3 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción faculta a este Tribunal para hacerlo. La narración de hechos que realiza la sentencia no se desvirtúa en lo esencial por la cita de la prueba testifical a la que se refiere el motivo. No cabe duda de la participación del recurrente en la refriega producida en la ciudad Autónoma el día de autos, y tampoco se puede dudar de que las lesiones sufridas fueron consecuencia de su enfrentamiento con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. De igual modo, y de la narración de los hechos por la sentencia tampoco ofrece duda que las Fuerzas de Seguridad del Estado actuaron para resolver la grave situación de alteración del orden público que se estaba produciendo de acuerdo con los principio de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios antidisturbios que exige el artículo 5.2.C) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

En definitiva lo que pretende este motivo primero es obtener de esta Sala una nueva valoración de la prueba sin que concurran para ello ninguna de las causas excepcionales en que la jurisprudencia de la Sala permite esa posibilidad. Como es jurisprudencia reiterada hasta la saciedad la del respeto a la valoración de la prueba por la Sala de instancia por razones de inmediación en el conocimiento de la misma el motivo se rechaza.

CUARTO.- En cuanto al segundo de los motivos considera que la sentencia infringe el artículo 142.5 de la Ley 30/1992 que dispone que: "En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas".

Y sostiene el motivo que pese a que la sentencia en el fundamento segundo considera que la acción ha prescrito ello no fue así porque "la reclamación fue presentada dentro de plazo dado que las secuelas derivadas de los daños que comportaron la pérdida de un riñón se alcanzan definitivamente al serle diagnosticada la "insuficiencia renal crónica", pues precisamente es en ese momento cuando el riñón perdido se erige como órgano imprescindible y fundamental para la salud del reclamante, alcanzándose en ese momento el término de los efectos lesivos del daño causado".

Cita la sentencia de 27 de octubre de 2004 y añade que "Debe tomarse en consideración que el Sr. Bemba Fofana acude al Hospital de Mallorca a raíz de fuertes dolores. El hecho de que en dicho centro en octubre de 2001, le informen de la pérdida del riñón, no implica que, necesariamente, a partir de esa fecha esté en condiciones de presentar la reclamación, dado que la estabilización definitiva de las dolencias no se produjo de modo inmediato. Todo lo contrario, marchó a Francia para poder recibir tratamiento estando cerca de sus familiares. Lo que está claro es que el alcance definitivo de las secuelas no se produce hasta que se le diagnostica la necesidad de recibir tratamiento de diálisis. Tal extremo se produce a raíz de su nuevo ingreso el 21 de junio de 2002 en el hospital de Binéfar. El dos de junio de 2003 (antes del transcurso de un año) presenta la correspondiente denuncia penal".

Continúa afirmando que la "pérdida quirúrgica de un riñón, hace que en patologías que afecten a un único riñón en particular, se haga evidente la ausencia de un riñón contralateral sano para suplir el fallo del dañado. Si bien es cierto que la patología renal del Sr. Bemba Fofana que parece haber derivado en la necesidad de diálisis afecta a ambos riñones estamos ante una posibilidad que no ha podido constatarse ya que el Sr. Fofana no disponía de ese riñón. Por eso, en el informe se utilizan vocablos que hace referencia a posibilidad señalando lo siguiente: (véase final del punto F del informe del Hospital Arnau de Vilanova); "de lo que puede deducirse que, de disponer de sus dos riñones, (de no haber sufrido una pérdida quirúrgica del riñón derecho), ambos podrían estar igualmente dañados".

Estamos ante una mera posibilidad porque, tal y como señala el Informe del Hospital de Barbastro, los riñones funcionan independientemente uno del otro. Existen enfermedades que afectan a uno solo de ellos y otras a los dos. En el caso de Bemba Fofana la necesidad de poder disponer del riñón extirpado en Ceuta se hizo patente en el momento que precisó la diálisis en el único riñón que le quedaba. Lo demás son meras posibilidades o conjeturas, no demostrables precisamente por el hecho que el Sr. Bemba Fofana únicamente dispone de un riñón.

En definitiva no puede considerarse prescrita la acción pues el plazo de 1 año establecido en el artículo que se considera infringido no empieza a contar desde el momento en que el Sr. Fofana es conocedor de la extirpación de su riñón (en Mallorca), sino cuando se determina el alcance definitivo de las secuelas. Dicho alcance se produce en el caso que nos ocupa cuando se echa en falta el riñón extirpado, dada la pérdida funcional del otro".

Tampoco este motivo puede prosperar. En primer término rebate la conclusión de la sentencia en el fundamento segundo que considera prescrita la acción por el transcurso del año desde que el recurrente conoce en 2001 que en 1995 le fue extirpado uno de sus riñones como consecuencia de las lesiones que se le produjeron en el enfrentamiento con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en julio de aquel año. Desde luego que cuando tuvo conocimiento de ese hecho pudo interponer el recurso en el plazo legal del año y por las mismas razones que ahora aboga, dejando sin embargo transcurrir el mismo sin hacerlo.

Pero aún si admitiéramos que el plazo en este supuesto solo podría empezar a correr para el recurrente desde la determinación del alcance de las secuelas, y que ellas siguiendo su tesis solo se concretan cuando el demandante fue sometido a diálisis por la enfermedad de su único riñón y quedar incluido en un programa de trasplante renal, tampoco es posible estimar el motivo, por que la lesión del recurrente no es consecuencia del funcionamiento del servicio y el daño que padece no es antijurídico y tiene el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley.

La Sala valoró adecuadamente la prueba pese a lo que sobre ese particular sostiene el motivo, y por ello declaró que la enfermedad renal que padece el recurrente tiene su origen no en la falta del riñón sino en una HTA severa no controlada que tiene una gran incidencia en pacientes como el recurrente de raza negra.

QUINTO.- Al desestimarse el recurso de conformidad con lo prevenido por el Art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción procede hacer expresa condena en costas al recurrente, si bien la Sala haciendo uso de la facultad que le otorga el núm. 3 del artículo citado señala como cifra máxima que en concepto de honorarios de abogado podrá hacerse constar en la tasación de costas la suma de mil euros. (1.000 €).

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD

EL REY

Y POR LA POTESTAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN

F A L L A M O S

No ha lugar al recurso de casación núm. 828/2007, interpuesto por la representación procesal de D. Bemba Fofana, frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo a la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Quinta, de veintiséis de diciembre de dos mil seis, pronunciada en el recurso contencioso administrativo núm. 907/2005, que desestimó el recurso citado deducido frente a la Resolución del Ministerio del Interior de 22 de septiembre de 2005 que decidió desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada, que **confirmamos**, y todo ello con expresa condena en costas al recurrente con el límite fijado en el fundamento de Derecho quinto de esta Sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos