

# Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (\*)

## III. BIENES PÚBLICOS

Montes. Incendio forestal. Responsabilidad administrativa que exime de culpa al incendiario.

Comenzando con el examen de las cuestiones planteadas por D. David Zambrano al adherirse a la apelación, son dos las cuestiones que plantea: 1º) que si la sanción por infracción grave del art. 73.J.b) en relación con el artº 67.J.b) de la Ley 5/1999, de 29 de junio, de Prevención y Lucha contra Incendios Forestales, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, lo es en función de la extensión y características del terreno afectado por el incendio y, la sentencia de 11 de noviembre de 2003 de la Audiencia Provincial de Huelva exime de responsabilidad penal precisamente por no estar acreditados los daños causados, decae necesariamente la imputación de los hechos como una infracción grave y 2º) la sentencia apelada incurre en el vicio de incongruencia omisiva al no dar respuesta a la cuestión planteada por el recurrente en cuanto a la exención de responsabilidad por aplicación del artº 69 de la Ley 5/1 999 que la atribuye a las personas jurídicas de quienes dependan los causantes del incendio cuando actúen por cuenta de las mismas, siendo así que en el presente caso el recurrente es empleado de la empresa José Luis Linares Lozano.

En el acuerdo sancionador se indica que los hechos constituyen infracción tipificada en el art. 64.12 de la Ley 5/99 en cuanto estaríamos ante la provocación de un incendio forestal concurriendo negligencia no susceptible de persecución penal y que, a tenor del artº 64.J.b) constituye una infracción grave por cuanto el incendio afectó a 48,2 Has de eucaliptal, 65,6 Has. de encinar y 14 1,6 Has. de pastizal con matorral. Con ello, en definitiva, la calificación de la infracción se hace depender de la extensión de la superficie de terreno afectado por el incendio y a las especies arbóreas afectadas. La sentencia de fecha 11 de noviembre de 2003 dictada por la Audiencia Provincial de Huelva, y que revocando la del Juzgado de lo Penal nº 2 de Huelva, viene a absolver al aquí apelante del delito de incendio del que fue acusado, señala en el fundamento jurídico IV como la jurisprudencia ha negado la responsabilidad del autor de una primera acción que pudiera ser calificada como imprudente, cuando entre aquélla y el ulterior resultado ha

---

(\*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN.

existido otro evento no imputable al referido autor que ha tenido relevancia en la producción del resultado o en la concreta gravedad adquirida por el mismo. Continúa la sentencia diciendo que “en el caso concreto objeto de enjuiciamiento y tras la valoración practicada, de la cual se deduce de modo palmario que la propagación del incendio pudo evitarse con una actuación eficiente de los servicios de extinción”, cabe concluir que no existe actuación reprochable penalmente, y es que, como hecho probado se establece que los servicios de extinción pertenecientes a la Junta de Extremadura recibieron ordenes de retirarse del lugar del incendio ya que éste afectaba a terrenos pertenecientes a la provincia de Huelva, siendo los primeros en llegar y en una condiciones climáticas y demás concurrentes que hubieran permitido sofocar el incendio en quince minutos y que los servicios de extinción de la Junta de Andalucía tardaron tres horas en llegar desde que se produjo el incendio y unas dos horas y media desde que el incendio pudo ser extinguido. Así pues, y al margen de una clamorosa descoordinación entre Administraciones que en materia como ésta parece desconocer que el fuego no entiende de cuales son los límites territoriales de las Comunidades Autónomas, en lo que nos interesa hay una producción del daño que es imputable fundamentalmente a un deficiente funcionamiento de los servicios administrativos. No cabe por tanto entender que quién en un principio motiva el incendio sea responsable de que éste alcance la superficie afectada con el tipo de arbolado que se cita en el acuerdo sancionador y siendo el mismo elemento esencial en la tipificación de la infracción como grave, la consecuencia no puede ser otro que la de nulidad de la sanción por incumplimiento del principio de tipicidad. Puede admitirse la existencia de un actuar provocar de un incendio forestal al concurrir imprudencia simple, en los términos del arto 64.12 de la Ley 5/99, pero la superficie afectada, hecho determinante de la calificación de la infracción como grave, no es imputable al apelante, sino a la deficiente actuación de los servicios de extinción de incendios.

A lo dicho habría que añadir que el apelante es empleado de la empresa de José Luis Linares Lozano, para quien realizaba los trabajos de soldadura de la cancela de hierro de acceso a una finca, siguiendo en su actuación profesional las órdenes dadas por el empresario. Sobre esta base, y aunque el apelante haya realizado la conducta tipificada en el art. 64 de la Ley 5/99, conforme al art. 69 de dicha norma, cuando el autor actúe por cuenta de una persona física o jurídica de quienes dependan, serán éstas y no el autor el responsable de las infracciones en materia de incendios forestales, con lo cual queda el recurrente al margen de toda responsabilidad administrativa de naturaleza sancionadora. De aquí que haya que estimar la adhesión a la apelación, anulando la sanción impuesta.

El que conforme a lo razonado en el fundamento anterior hayamos declarado la ausencia de responsabilidad administrativa de naturaleza sancionadora en el autor del incendio y que, además, los graves daños producidos por el mismo no son sino triste consecuencia de la más absoluta inoperan-

cia de los servicios de extinción contra incendios nacida de la falta de coordinación entre ellos cuando dependen de Administraciones distintas, la consecuencia que se impone es la de igual ausencia de la obligación de reparar el daño e indemnizar por los causados, como resuelve la sentencia apelada, con la consiguiente desestimación del recurso formulado por la Junta de Andalucía.

La desestimación del recurso de apelación interpuesto por la Junta de Andalucía conlleva la imposición a esta parte de las costas causadas en segunda instancia (art. 139.2 LJCA).

*(St. de 2 de julio de 2007. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García).*

## XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Votos emitidos en una mesa que superan el número de votantes. Validez del escrutinio. Doctrina general.

Con carácter previo a cualquier enjuiciamiento de fondo sobre la validez de las elecciones impugnadas preciso es dar respuesta a los motivos de inadmisibilidad del presente recurso contencioso-electoral invocados por el Partido Popular y que hacen mención al incumplimiento del plazo de un día para presentar reclamaciones y protestas referidas a incidencias recogidas en el acta de la sesión de escrutinio de la Junta Electoral (art. 108.2 LOREG), así como del plazo de tres días siguientes al acto de proclamación de electos para la interposición del recurso contencioso-electoral que establece el art. 112.1 LOREG. A los anteriores añade también como motivo de inadmisibilidad la ausencia de incidencia alguna reflejada en las actas de sesiones de las Mesas impugnadas. Ninguno de los motivos de inadmisibilidad mencionados puede ser estimado. Así, los que hacen referencia a la posible extemporaneidad en la presentación de reclamaciones a que se refiere el art. 108.2 LOREG hay que indicar que del expediente administrativo no resulta posible conocer por este Tribunal la fecha en que se practicó a la formación política por la que se presentaron a las elecciones municipales los recurrentes la correspondientes notificación del acta de la sesión de escrutinio de la Junta Electoral, desconociéndose si la reclamación se formuló dentro del plazo de dicho precepto o una vez transcurrido el mismo y que obliga, ante la duda, a considerar que la misma tuvo lugar en plazo legal.

Respecto a la interposición de éste recurso contencioso-electoral, al folio 25 del expediente remitido consta que a la candidatura de IUCA se le notifica el acta de proclamación de electos el día 12 de junio, por lo que la interposición del recurso el día 14 de igual mes determina que se encuentre dentro del plazo señalado en el art. 112.1 LOREG.

Por último, el hecho de que en las respectivas acta de sesiones de las Mesas impugnadas no conste la existencia de incidencia alguna no determina la imposibilidad de formulación del recurso contencioso-electoral, máxime cuando la formación recurrente de IUCA no tenía representantes en dichas mesas electorales.

Posibilitado el enjuiciamiento de la pretensión articulada en el recurso, la misma se fundamenta, sumariamente, en la existencia de irregularidades en la Mesa del Distrito 9, Sección 22 donde se reflejó la existencia de 436 votantes, con 12 tachaduras en la lista y se computaron 442 votos y en la Mesa del Distrito 10, Sección II A donde no figura el número de votantes en el acta, se computan como emitidos 208 votos, faltando 40 votantes en la lista de votantes y en la lista de electores figuran marcados 207 como ejercientes del derecho al voto. Todo ello consideran los recurrentes que es determinante a efectos de la proclamación de electos por cuanto la diferencia entre el último de los proclamados correspondientes a la candidatura del Partido Popular y el segundo de IUCA es tan solo de cuatro votos.

No se desconoce por los recurrentes la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional 26/1990, de 19 de febrero, que interpretación del arto 105 LOREG ha indicado que la Junta Electoral le está vedado no computar el resultado de una Mesa cuando haya más votos que votantes, pues únicamente cuando el número de votos emitidos sea superior al del censo (en definitiva, al de electores) podrán las Juntas Electorales dejar de computar los votos de una Mesa. A continuación, sin embargo, los recurrentes matizan que el propio TC en la sentencia referida reconoce que “cuando el órgano jurisdiccional, con ocasión del procedimiento contencioso-electoral, revisa una determinada irregularidad electoral actúa con plena jurisdicción y no se encuentra tan estrechamente limitado en su actuación como las Juntas Electorales”, pudiendo “apreciar la presencia de otras causas de invalidez previstas en el ordenamiento y que no pueden ser objeto de consideración por las Juntas Electorales, en virtud de su más limitada función. Incluso, y en garantía de la pureza del sufragio, pueden los órganos jurisdiccionales apreciar la presencia de vicios de procedimiento que, aun cuando no se proyecten sobre la validez de votos o actas determinadas, si son determinantes del resultado, darán lugar a la nulidad de la elección”. Admitiendo lo expresado en el segundo párrafo del fundamento jurídico anterior, la doctrina del TC quedaría incompleta si no transcribimos lo que también dice el máximo intérprete de la Constitución Española en la sentencia referida. Así, se dice en el FJ 6 de la sentencia 26/1990 que “más relevantes que estas consideraciones referidas a la literalidad del texto” (refiriéndose al arto 108.2 LOREG) “son las que resultan de la finalidad de la ley y la necesidad de interpretarla de acuerdo con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Entre ellas, el de participar en los asuntos públicos, como elector (23. 1) o como elegido (23.2) aparece, en virtud del carácter democrático del Estado, como un elemento básico de todo el sistema constitucional. La anulación o no cómputo de votos válidamente emiti-

dos en unas elecciones supone, sin duda, la negación del ejercicio y efectividad de ese derecho, no sólo a los votantes cuya voluntad queda suprimida e invalidada, sino también a los destinatarios o receptores de esos votos y, por ende, de la voluntad y preferencia de los electores. El mantenimiento, por tanto, de esa voluntad expresada en votos válidos debe constituir criterio preferente a la hora de interpretar y aplicar las normas electorales. y desde esta perspectiva, resulta claro que, si bien ha de protegerse al resultado de las votaciones de manipulaciones y falsificaciones que alterarían la voluntad popular, no cabe hacer depender la eficacia de los votos válidamente emitidos de irregularidades o inexactitudes menores, que siempre serán frecuentes en una Administración electoral no especializada e integrada, en lo que se refiere a las mesas electorales, por ciudadanos designados por sorteo”.

Sobre la base de todo lo expuesto, analizando lo sucedido en cada una de las Mesas impugnadas hay que indicar que, en relación con la Mesa del Distrito 10, Sección 11 A, y tal como indica la Junta Electoral de Zona de Cádiz en su informe obrante al folio 16 del expediente remitido, en la lista de electores se fueron anotando los electores que hicieron uso de su derecho de sufragio activo, coincidiendo el número de votos emitidos y reflejados en el Acta con el número de electores que votaron, anotados en la citada lista y que fue de 208. La circunstancia de que falte parte de la lista de votantes constituye una irregularidad pero que no induce a estimar que responda a ningún tipo de maniobra para alterar el resultado de la votación, máxime cuando precisamente los cuarenta votantes que faltarían coincide con el número de los que conformaría una hoja de la lista que fue remitida sin numerar cada hoja.

En lo que hace relación a la Mesa del Distrito 9, Sección 22, no deja de ser relevante que ninguno de los interventores de los partidos políticos presentes hicieran constar incidencia alguna en el acta, lo que determina que debamos excluir toda pretensión de alteración maliciosa del resultado y consideremos que la discrepancia entre el número de votos computados y el número de votantes pueda imputarse a un error en la confección de la lista de estos últimos dadas las anomalías de proceder incluso a tachar alguno de los nombres de quienes ejercitaron su derecho según la lista de electores. Este error, irregularidad o anomalía, no obstante, no puede ser determinante de la declaración de nulidad de la votación llevada a cabo en la Mesa impugnada, pues ello consideramos que iría en contra de la obligada preservación del derecho fundamental de participación ejercido por los electores a través de su voto, derecho que debe prevalecer frente a posibles irregularidades que no denoten una modificación de la voluntad popular, además de la primacía de principios que se conectan con el derecho de sufragio libremente ejercido por el cuerpo electoral como son los de conservación de los actos, proporcionalidad e interpretación más favorable de los derechos fundamentales.

La consecuencia de todo lo expuesto en los fundamentos anteriores es la desestimación del presente recurso sin que dadas la circunstancias presentes,

referidas a las irregularidades analizadas en esta sentencia, proceda la imposición de costas, según preceptúa el artº 117 LOREG.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación.

*(St. de 27 de junio de 2007. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García).*

## XVIII. PERSONAL

Acto Administrativo. Universidades. Concurso de profesorado. Motivación de la propuesta. Doctrina general.

En el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 15 de Sevilla se siguió Procedimiento Abreviado 825/04, contra Resolución del Rector de la Universidad de Sevilla, de 29 de septiembre de 2004, que acordó no ratificar la propuesta de provisión de la Comisión Juzgadora del concurso de la plaza de Catedrático de Universidad, área de conocimiento “física de la materia condensada”<sup>4</sup>, efectuada a favor del demandante, y, en consecuencia declarar la no provisión de la misma. La sentencia, de 15 de julio de 2005, estima parcialmente el recurso, anula la Resolución recurrida, y condena a la Universidad de Sevilla a reconocer el derecho del demandante a que se ratifique la propuesta de la Comisión Juzgadora. Por último, desestima la pretensión del demandante de ser indemnizado por los daños y perjuicios.

La Universidad de Sevilla apela la sentencia manteniendo la adecuación a derecho de la Resolución impugnada. El demandante se opone a la apelación solicitando la confirmación de la sentencia.

Consta en las actuaciones que se celebraron las pertinentes bases del concurso, al término de las cuales, la Comisión Juzgadora propuso la adjudicación de la plaza al demandante. Uno de los concursantes interpuso reclamación ante la Comisión de Reclamaciones (art. 14 RD 1888/84 y art. 43 LRIJ), el Rector, siguiendo la propuesta de esta última no ratificó la propuesta de adjudicación y declaró desierta la plaza. Para ello, se achacó a la propuesta de la Comisión Juzgadora que carencia de motivación e incongruencia de los votos emitidos. La sentencia apelada, en cambio considera que no existen tales vicios y que se debió realizar el nombramiento al que condena.

La Sala, en supuestos similares, ha resuelto (Recurso 1223/01 de esta Sección) que el art. 8.2 a) (ni el 9.4) del Real Decreto 1888/1984 no establece la calificación numérica como requisito esencial o “criterio de obligado cumplimiento”. Lo que sí se impone a la Comisión es la motivación de su propuesta. Sobre la motivación, esta Sala mantiene (entre otras, en la Sentencia de 4-10-2002, dictada en recurso 439/2000, por la sección 4ª, que ahora seguimos): “La exigencia establecida por el artículo 43 LPA (hoy artículo 54 de la Ley 30/92) corresponde a la necesidad de que se exterior-

ricen las razones por las que se llega a la decisión administrativa para el debido conocimiento de los interesados y para la posterior defensa de sus derechos, siendo ésta la manera de que pueda detectarse y oponerse a aquello que suponga cualquier motivo de arbitrariedad de los poderes públicos, proscrita en nuestra Constitución.”

En el supuesto de autos, es innegable la existencia de motivación, con lo que se respeta el principio de igualdad y la defensa de sus derechos de los candidatos, al permitir conocer porqué la Comisión se decantó por uno de ellos. En el expediente se recoge, que la Comisión encargada de juzgar el concurso respetó el procedimiento previsto legalmente y no omitió ninguna de sus fases. Realizó los pertinentes informes, y votó en cada una de las dos fases y al final la propuesta del candidato al que se debía adjudicar la plaza. Después, sus miembros emitieron los informes complementarios solicitados por la Comisión de Reclamaciones. Ciertamente, los informes podrían ser mas extensos, mas precisos o, incluso diferenciar mas entre los méritos y actuación de los candidatos, aunque esto último es verdaderamente difícil, si se parte de que los concursantes tienen todos una sólida preparación sobre una misma materia y su descarte viene determinado por la elección del mejor. Pero en definitiva, los informes existen y reflejan la opinión técnica de los miembros de la Comisión sobre cada uno de los aspectos que tratan, concluyendo en la designación de un candidato, en una decisión que no es arbitraria. En cuanto a la incongruencia en los votos, además de no alegada en la reclamación de quien supuestamente sufre la indefensión no existe; la puntuación a cada candidato según recoge la Resolución recurrida, no es superior a los miembros de la Comisión que votaron a favor de cada uno de ellos, y es compatible con emitir un informe conjunto, aprobado consensuadamente, es decir, con cesiones de todos lo que participan. Por último, se achaca a la sentencia que se refiere a los curriculum vitae, siguiendo las valoraciones que hace el demandante, pero lo cierto es que si el expediente no incluye los curriculum, su omisión en ningún caso puede favorecer a la Universidad, que en apelación se limita a atacar el error de la sentencia en este punto, sin indicar los datos por los que el currículo del recurrente no es mejor que el del otro candidato, cuando es el órgano técnico, Comisión Juzgadora, el que mantiene la superioridad de este currículo.

Con todo ello concluimos que la Resolución impugnada y anulada en instancia eludió confirmar la propuesta alegando motivos de forma inexistente, y en cualquier caso subsanables por no darse las circunstancias del art. 63.2 LRP-PAC. Por lo demás, los argumentos de la Resolución impugnada son oportunamente contestados por la sentencia de instancia, según criterios que son los de esta Sala, luego no existe motivo alguno por el que se deba revocar la sentencia.

A los efectos previstos en el art. 139 Ley de Jurisdicción en materia de costas procesales, procede imponer las costas de esta instancia a la parte apelante cuyas pretensiones son desestimadas.

*(St. 26 de julio de 2007. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Enrique Galbaldón Codesido).*

## XVIII. PERSONAL

Acto administrativo. Universidades. Concurso de profesores. motivación de la propuesta. Doctrina general. Responsabilidad por la no adscripción provisional del candidato.

El Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 1 de Sevilla dictó sentencia en Procedimiento abreviado 566/05, en el que se impugnaba Resolución del Rector de la Universidad de Sevilla, de 25 de julio de 2005, que acordó no ratificar la propuesta de provisión de la Comisión juzgadora del concurso de plaza de Catedrático de Universidad, área de conocimiento “física de la materia Condensada”, efectuada a favor del demandante y en consecuencia declara la no provisión de la plaza. La sentencia, de 10 de febrero de 2006, desestima el recurso.

Es el demandante quien apela la sentencia manteniendo su derecho a ser confirmado en la plaza de Catedrático, para la que fue propuesto e indemnizado. Pretensión a la que se oponen tanto la Universidad como el otro concursante a la plaza.

El demandante concursó junto con el codemandado, a la citada plaza, dentro del concurso se celebraron las pertinentes fases, al término de las cuales la Comisión de Evaluación propuso la adjudicación de la plaza al demandante por 3 votos, frente a 2 que obtuvo el codemandado. Este último interpuso reclamación (art. 14 RD 1888/84, y art. 43 LRU) ante la Comisión de Reclamaciones, que estimó la reclamación. El Rector no ratificó la propuesta de adjudicación y declaró la no provisión de la plaza. La Comisión de Reclamaciones considero que la propuesta de la Comisión estaba motivada insuficientemente. Para ello cita una serie de circunstancias demostrativas. Concluyendo que, pese a los informes complementarios emitidos por los miembros de la Comisión del concurso, no se podía determinar el motivo de los votos, porque en las actas no se consignó la puntuación numérica que cada miembro de la Comisión otorgó a cada participante. Estos argumentos son los que retoma la sentencia para desestimar la demanda.

Examinado el expediente y las pruebas practicadas en instancia, tales motivos no son relevantes para no adjudicar la plaza, por no afecta a los principios de igualdad, mérito y capacidad que es la finalidad de esta reclamación. La Sala, en supuestos similares ha resuelto (Recurso 1223/01 de esta Sección) que ni el art. 8.2a) ni el 9.4 del Real Decreto 1888/1984 establecen la calificación numérica como requisito esencial o criterio de obligado cumplimiento. Lo que si se impone a la Comisión es la motivación de su propuesta. Sobre la motivación, esta Sala mantiene (entre otras en la Sentencia 4-10-2002, dictada en recurso 439/2000, por la sección 4ª que ahora seguimos): “La exigencia establecida por el artículo 43 LPA (hoy artículo 54 de la Ley 30/92) corresponde a la necesidad de que se exterioricen las razones por las que se llega a la decisión administrativa para el debido conocimien-

to de los interesado y para la posterior defensa de sus derechos, siendo esta la manera de que pueda detectarse y oponerse a aquello que suponga cualquier motivo de arbitrariedad de los poderes públicos, proscrita en nuestra Constitución”.

En el supuesto de autos, es innegable la existencia de motivación, con lo que se respeta el principio de igualdad y al defensa de sus derechos de los candidatos, al permitir conocer porqué la Comisión juzgadora del concurso se decantó por uno de ellos. En el expediente se recoge, que la Comisión encargada de juzgar el concurso respetó el procedimiento previsto legalmente y no omitió ninguna de sus fases. Realizó los pertinentes informes, y votó en cada una de los fases y al final la propuesta del candidato al que se debía adjudicar la plaza. Después sus miembros emitieron los informes complementarios solicitados por la Comisión de Reclamaciones. Los informes podrían ser mas extensos, mas precisos, o incluso diferenciar mas entre los méritos y actuación de los candidatos. Pero en definitiva los informes existen y reflejan la opinión técnica de los miembros de la Comisión sobre cada uno de los aspectos que tratan, concluyendo en la designación por mayoría de votos de un candidato, en una decisión que no es arbitraria. En cuanto a la supuesta obligación de la Comisión de otorgar puntuaciones numéricas. Por su parte estas se emitieron, como acreditaron los miembros de la Comisión en vía administrativa y ante el Juzgado. Únicamente no se consignaron en la documentación del procedimiento. Pero ni existe obligación de consignarlas, ni su omisión produjo indefensión ya que existían los informes que expresaban el parecer de la Comisión. Máxime cuando los extremos de los informes complementarios que se citan en el acto recurrido son desfavorables precisamente para el candidato que formuló la reclamación, no para el seleccionado, con lo que no varían el parecer de la Comisión, expresando en su propuesta adoptada por mayoría de votos.

Con todo ello, concluimos que la propuesta estaba motivada, y la Resolución impugnada eludió confirmar la propuesta alegando motivos de forma inexistentes y en cualquier caso subsanables por no darse las circunstancias del art. 63.2 LRJ-PAC.

Reconocido el Derecho a ocupar el puesto de Catedrático que no fue ocupado por causa imputable a la Administración, se cumplen todos los requisitos para la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración demandada (art. 106 CE y 139 ss LRJ-PAC, según la reiteradísima jurisprudencia que los interpreta). Sin que sea de aplicación el art. 142.4 LRJ-PAC, habida cuenta que, si bien nos encontramos ante la anulación jurisdiccional de un acto administrativo, la indemnización proviene no de tal anulación, sino de título distintos, responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración.

Para la determinación del importe de los daños el demandante reclama 18.000 euros, según dos conceptos, los daños por la ansiedad y estrés que provocó la incertidumbre del resultado de la reclamación y la suspensión de las expectativas de residir en Sevilla; y la pérdida económica por menores in-

gresos que fija en 7.200 euros. Considerando ambas partidas, las razones expuestas y las circunstancias del caso y ponderando igualmente la dificultad siempre existente de cifrar en dinero los daños morales, esta Sala fija la cantidad de 10.000 euros como indemnización por todos los conceptos y en el momento presente.

A los efectos previstos en el art. 139 Ley de Jurisdicción en materia de costas procesales, no procede imponer las costas de esta instancia a ninguna de las partes.

*(St. de 26 de octubre de 2007. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Enrique Gabaldón Codesido).*

## XX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Rompiendo la tesis de la culpa in vigilando la Sentencia niega el nexo de causalidad por contagio de tuberculosis en un campamento de inmigrantes a un policía que carecía de medidas de protección.

Se impugna en el presente proceso la resolución del Director General de la Policía de fecha 22 de septiembre de 2004 por la que acuerda que el periodo de baja en que estuvo el recurrente, Policía del C.N.P., como consecuencia de quimioprofilaxis por Mantoux positivo sea considerado como producido en acto de servicio, en tanto que no considera como contraída en acto de servicio la infección tuberculosa padecida.

Tras precisar en la demanda los periodos de tiempo en que prestó servicio en el Campamento de Calamacarro (Ceuta), recinto destinado al alojamiento de extranjeros con entrada ilegal, y que abarcando los años 1996 a 2001 alcanzan un total de 80 días, considera que la ausencia de medidas higiénico-sanitarias tales como la utilización de mascarillas de protección determinó que el actor, al igual que once funcionarios más, hubiera contraído la tuberculosis pulmonar, resultado positivo de la prueba analítica y de Mantoux practicada, si bien sólo uno de los afectados desarrolló la enfermedad. Fundamenta el demandante su pretensión de que se considere como contraída en acto de servicio la enfermedad de tuberculosis pulmonar que padece en el hecho de haber estado en contacto, sin las medidas de protección adecuadas, con un grupo de alto riesgo de ser portadores de enfermedades infecto-contagiosas como son los inmigrantes extranjeros ilegales procedentes de África.

El que uno de los Policías destinado en el Campamento de Calamacarro en Ceuta se le hubiera detectado TBC pulmonar activa fue el hecho determinante de que el resto de miembros del C.N.P. con igual destino fueran objeto de la prueba de tuberculina (Mantoux) con resultado positivo en el caso del recurrente, pero sin que hubiese desarrollado la enfermedad.

Como se expone en la nota informativa del Servicio Sanitario de la Dirección General de la Policía (folios 14 a 19 del expediente administrativo), la tuberculosis (TBC) es una enfermedad infecto-contagiosa causada por especies del género *Mycobacterium* cuya principal vía de transmisión es la aérea por contacto con enfermo bacilífero. Las posibilidades de contagio son bajas y alcanzan el 9.33% en familiares convivientes y el 1.34% en no convivientes. Además el bacilo tuberculoso se encuentra presente en nuestro medio ambiente de forma amplia y extensa, con incidencia en España de 40-45 casos por 100.000 habitantes dado el enorme reservatorio de infectados en nuestro país con una prevalencia estimada del 30 % de la población general y tasas de Mantoux positivo entre el 40% y el 50% de la población entre 25 y 45 años y superiores al 50 % en mayores de esa edad. Únicamente un 20% de los casos de TBC pulmonar de los adultos son el resultado de una infección recién adquirida y la mayoría constituyen una recrudescencia de una infección adquirida años o décadas antes, siendo rara la vez en que un individuo que reacciona positivamente a la prueba de la tuberculina (Mantoux) contrae una nueva infección. Por lo demás, la infección sin enfermedad nunca es contagiosa, desarrollándose entre el 10 y el 15 % de los infectados, principalmente en los dos primeros años tras la infección.

Los datos referidos en el párrafo anterior, unido a que la prueba cutánea de la tuberculina, consistente en inocular por vía intradérmica un preparado purificado de antígeno proteico tuberculino, en caso de ser positivo sólo indica que se ha tenido contacto con el bacilo (vacunaciones previas, enfermedad tuberculosa anterior, Mantoux repetidos etc.), pero que no aporta información alguna acerca de la actividad patogénica del mismo, hace difícil acreditar la relación causa-efecto que determine que nos encontremos ante una enfermedad contraída en acto de servicio.

Al margen de estas consideraciones generales sobre la enfermedad, en concreto, según informe de la Delegación del Gobierno en Ceuta (folios 29 a 32), de las 7.677 pruebas de Mantoux que se hicieron a los inmigrantes alojados en el Campamento de Calamocarro, 1.778 tuvieron contacto con el bacilo de la TBC, siendo negativo en 5.899, con un porcentaje positivo de 23,3 % y de los 301 pacientes con algún diagnóstico relacionado con la tuberculosis y tratados en el Hospital Civil de Ceuta dependiente del Insalud, referido al periodo 1 de octubre de 1996 a 31 de abril de 2000, tan sólo 10 eran inmigrantes con residencia en Calamocarro. Si a todo lo anterior se añade que la misión de la UIP a la que pertenecía el actor se limitaba a la intervención en los supuestos de desordenes públicos en el Campamento, realizando un control perimetral de mismo y estando presente en el reparto de comidas a fin de evitar disturbios, con el consiguiente escaso contacto cercano con la población inmigrante y que entre el personal con mayor y más cercano trato con los inmigrantes (personal sanitario, profesores, asistentes sociales, personal militar, Cruz Roja, Protección Civil y ONG, personal de limpieza etc.) no se hubiera desarrollado patología referida a la tuberculosis en ninguno de ellos, la conclusión a la que debemos llegar es, en

consonancia con lo afirmado en la resolución impugnada, que no se cumplen los requisitos que al efecto establece el art. 180 en relación con el art. 179, ambos del Reglamento Orgánico de la Policía aprobado por Decreto 2038/75, de 17 de julio, para considerar la enfermedad TBC como producida en acto de servicio.

No se aprecia temeridad o mala fe que justifique la imposición de costas.

*(St. de 25 de octubre de 2007. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García).*

## XX RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

**Función Pública. Funcionarios de Policía. Indemnización por residencia eventual. Adscripción provisional en temporada de verano.**

En cuanto a los hechos no se cuestionan los siguientes: 1º.- El actor, funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, con destino en Jerez de la Frontera, fue adscrito provisionalmente a la Comisaría de El Puerto de Santa María en el periodo comprendido entre el 8 de julio y el 16 de agosto de 2003; 2º.- Por instancia presentada el 16 de septiembre de 2003, solicita el abono del aumento de 10 euros de la dieta por alojamiento prevista por la resolución de la CECIR 1115/2003; 3º.- Por el Comisario Jefe de Jerez, en respuesta a la solicitud, se dirige comunicación al solicitante en la que se le señala que no tiene derecho al aumento de dietas según acuerdo de la CECIR que por fotocopia acompaña a dicha comunicación (aparece fotocopia de la resolución 627/2003, ya que El Puerto de Santa María no está entre las ciudades que allí se dicen; 3º.- El actor, el 25 de agosto, presenta nueva solicitud en la que hace constar el error sufrido por el comisario y la irregularidad de la comunicación recibida; 4º.- Remitidos los antecedentes a la Dirección General, por dicho órgano se dicta la resolución aquí impugnada.

Dispone el artículo 11 del RD 462/2002 que: No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los Ministerios de Hacienda y de Administraciones Públicas, conjuntamente, podrán autorizar que, excepcionalmente, en determinadas épocas y ciudades del territorio nacional la cuantía de las dietas por alojamiento y, en su caso, manutención, pueda elevarse, para casos concretos y singularizados debidamente motivados, hasta el importe que resulte necesario para el adecuado resarcimiento de los gastos realmente producidos. De acuerdo con dicha previsión, la CECIR por resolución de 26 de junio, se incrementan las dietas a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad en comisión de servicios en distintas provincias, entre ellas la de Cádiz, y en el periodo entre el uno de julio y el 30 de septiembre de 2003. Se dice en el punto segundo de la resolución que: El presente acuerdo será de aplicación exclusivamente a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Se-

guridad en el marco de las operaciones de refuerzo en el periodo estival y únicamente a los efectivos que participen en las mismas...

Partiendo de dicho texto, la resolución recurrida entiende que no es el caso del aquí actor, ya que del expediente se deduce que esta comisión se viene realizando por necesidades del servicio de forma habitual y no responde a la llamada operación verano.

Sorprende esta afirmación ya que, en el expediente, no hay dato alguno del que inferir que la comisión responda a necesidades ordinarias del servicio de la Comisaría de El Puerto de Santa María, ciudad con gran afluencia de turistas y veraneantes.

Podemos entender que quien ya está destinado en comisión de servicio en la ciudad y tiene programadas la cobertura de sus necesidades con anterioridad no reciba el aumento, de ahí la referencia que se hace al colectivo de refuerzo de verano, que tiene que buscarse alojamiento en temporada alta y con poca oferta. Pero aquí lo único que sabemos es que el actor fue adscrito provisionalmente a una ciudad turística en plena temporada alta, en el periodo previsto por la resolución de la CECIR, con lo que no habría, ni en dicha resolución ni en los hechos que resultan del expediente, razón alguna para excluirlo del derecho a percibir el aumento previsto para los adscritos provisionalmente en verano.

En definitiva, interpretada la resolución de la CECIR en sentido más adecuado a su finalidad, evitando discriminaciones arbitrarias, al actor le bastaría con probar la adscripción provisional a un centro en una de las provincias mencionadas en el verano, y esto es algo que ni siquiera se cuestiona.

No se aprecia temeridad ni mala fe a efectos de imposición de costas.

*(St. de 10 de octubre de 2007. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)*