

Nº: 481/2016/1.023/2014

SEÑORES:

Romay Beccaría, Presidente
Lavilla Alsina
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
Herrero y Rodríguez de Miñón
Ledesma Bartret
Manzanares Samaniego
Fernández de la Vega Sanz
Alonso García
Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos,
Secretaria General

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 20 de octubre de 2016, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

“En cumplimiento de la Orden de V. E. de 20 de mayo de 2016, con registro de entrada el día 23 siguiente, el Consejo de Estado ha examinado el expediente relativo a las solicitudes de indemnización formuladas por los familiares de los militares españoles fallecidos en el accidente aéreo ocurrido el día 26 de mayo de 2003 en Trabzon (Turquía) cuando regresaban a territorio nacional procedentes de Afganistán, donde habían participado en una misión internacional.

De antecedentes resulta:

Primero.- Reclamaciones de responsabilidad patrimonial.

En accidente aéreo ocurrido el día 26 de mayo de 2003 en Trebisonda (Trabzon, en turco) fallecieron sesenta y dos militares españoles que regresaban al territorio nacional procedentes de Afganistán, donde habían participado en una misión internacional.

A raíz de dicho accidente, se presentaron entre los meses de marzo y julio de 2004 diversos escritos de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración en nombre y representación de un extenso número de familiares de fallecidos en el siniestro (doscientos noventa y un familiares de cincuenta y cinco de los militares difuntos). Se enumeran a continuación los reclamantes (en el orden en el que constan en la propuesta de resolución, atendiendo a la fecha de presentación de la solicitud indemnizatoria y la ordenación de los distintos expedientes incoados), identificando al militar en cuyo fallecimiento se fundaba la petición y el vínculo que unía a cada reclamante con el fenecido:

1) Por el fallecimiento del Sargento Primero don Blas Aguilar Ortega: doña María Ángeles Cubas Cerdán (viuda), doña Sandra Aguilar Cubas (hija), don Álvaro Daniel Aguilar Cubas (hijo), don Blas Aguilar Arroyo (padre), don Antonio Aguilar Ortega (hermano) y don Pedro Aguilar Ortega (hermano).

2) Por el fallecimiento del Cabo Primero don Vicente Agulló Canda: don José Carlos Cruz Agulló Barral (padre), doña Purificación Canda Gamillo (madre), doña Asunción Agulló Canda (hermana), don Miguel Agulló Canda (hermano), doña Isabel Agulló Canda (hermana), don José Carlos Agulló Canda (hermano), don Alfonso Agulló Canda (hermano), don Antonio Agulló Canda (hermano), don Victorino Agulló Canda (hermano), doña Amparo Agulló Canda (hermana), don Santiago Agulló Canda (hermano), don Francisco Javier Agulló Canda (hermano) y doña Pilar Agulló Canda (hermana).

3) Por el fallecimiento del Teniente don David Arribas Cristóbal: don Julio Arribas Arribas (padre), doña Demetria Cristóbal García (madre), don Santos Arribas Cristóbal (hermano), doña Pilar Arribas Cristóbal (hermana) y doña María del Mar Arribas Cristóbal (hermana).

4) Por el fallecimiento del Cabo Primero don Juan Carlos Bohabonay Domínguez: doña Ana María Madrid Aldeguer (pareja de hecho).

5) Por el fallecimiento del Brigada don César Barciela González: doña Margarita Pérez Blázquez (viuda), doña Estefanía Barciela Pérez (hija), don Sergio

Barciela Pérez (hijo), don César Barciela (padre), doña Adelina González (madre) y doña Lourdes Barciela González (hermana).

6) Por el fallecimiento del Sargento don Francisco Cardona Gil: don José Cardona Sanfeli (padre), doña María Desamparados Gil Martínez (madre), don Ignacio Cardona Gil (hermano) y don Javier Cardona Gil (hermano).

7) Por el fallecimiento del Teniente don Antonio Cebrecos Ruiz: doña Isabel Vejo Puente (viuda), don Antonio Cebrecos Ruiz (padre), doña María del Carmen Ruiz Cajón (madre), doña María Pilar Cebrecos Ruiz (hermana), doña Eugenia Cebrecos Ruiz (hermana) y don Alejandro Cebrecos Ruiz (hermano).

8) Por el fallecimiento del Brigada don Francisco J. Cobas Ligerero: doña Antonia García López (viuda) y doña Cristina Cobas García (hija).

9) Por el fallecimiento del Sargento Primero don Francisco de Alarcón García: doña Isabel González del Olmo (viuda), don Francisco de Alarcón González (hijo), doña Isabel de Alarcón González (hija), doña Dolores García Delgado (madre), don José Luis de Alarcón García (hermano), don José Antonio de Alarcón García (hermano), don Fernando de Alarcón García (hermano) y doña Ana María de Alarcón García (hermana).

10) Por el fallecimiento del Brigada don Miguel Ángel Díaz Caballero: doña Ana Isabel Dueñas León (viuda) y doña Ana Rosa Díaz Dueñas (hija).

11) Por el fallecimiento del Cabo don José Israel Ferrer Navarro: doña Ana María Navarro Moreno (madre), doña Elvira Ferrer Navarro (hermana), doña María Juana Ferrer Navarro (hermana), doña Pilar Ferrer Navarro (hermana) y don Juan Manuel Ferrer Navarro (hermano).

12) Por el fallecimiento del Sargento don David González Paredes: don David González Julián (padre), doña Jacoba Paredes Dolado (madre) y doña Eva María González Paredes (hermana).

13) Por el fallecimiento del Capitán don Ignacio González Castilla: doña María Ángeles Peña Díaz-Varela (viuda), doña Ana González Peña (hija), doña María González Peña (hija), don Fernando González Peña (hijo), don José Luis González Arribas (padre), doña Eloina Castilla Fernández (madre), don José Luis González Castilla (hermano), doña María Amparo González Castilla (hermana), don Fernando González Castilla (hermano), doña María José González Castilla (hermana) y don Francisco Javier González Castilla (hermano).

14) Por el fallecimiento del Teniente don Mario González Vicente: don Evelio González Gasco (padre), doña Jacinta Vicente Hontanilla (madre), don Evelio González Vicente (hermano), doña Beatriz González Vicente (hermano), doña Fátima González Vicente (hermano) y doña Belén González Vicente (hermano).

15) Por el fallecimiento del Brigada don Emilio Gonzalo López: doña Esther Orbegozo Miró (quien afirmaba reclamar sólo en nombre de sus hijos, si bien se fijaba una cuantía indemnizatoria solicitada a su favor), doña María Aránzazu Gonzalo Orbegozo (hija), don Raúl Gonzalo Orbegozo (hijo), don Emilio Gonzalo Sánchez (padre), doña Juana López Pardo (madre) y doña Angélica Gonzalo López (hermana).

16) Por el fallecimiento del Capitán don Santiago Gracia Royo: don José Gracia Señor (padre), doña Rosa Royo Romero (madre), don José Antonio Gracia Royo (hermano) y doña María del Carmen Gracia Royo (hermana).

17) Por el fallecimiento del Sargento don Eduardo Hernández Mañez: doña Montserrat Ovejero Ortega (viuda), don Aitor Hernández Ovejero (hijo), doña Elisa Máñez Pardo (madre), don Antonio Leandro Hernández Máñez (hermano) y doña Nieves Hernández Máñez (hermana).

18) Por el fallecimiento del Sargento Primero don Francisco Hernández Sánchez: doña Juana María Campillo Quesada (viuda).

19) Por el fallecimiento del Brigada don Juan Carlos Jiménez Sánchez: doña María Teresa Jiménez Cabello (viuda), don Jesús Jiménez Jiménez (hijo) y doña Laura Jiménez Jiménez (hija).

20) Por el fallecimiento del Capitán don Juan Ignacio López de Borbón: doña María Milagros de Borbón de Oro (madre), don Juan Ignacio López Pérez (padre), doña Aránzazu López de Borbón (hermana), doña Blanca López de Borbón (hermana), doña Verónica López de Borbón (hermana) y doña Leticia López de Borbón (hermana).

21) Por el fallecimiento del Sargento Primero don Sergio López Saz: don Abilio López Mancebón (padre), doña María Pilar Saz Pérez (madre), doña Silvia López Saz (hermana), doña Alejandra López Saz (hermana), doña Araceli Saz Pérez (tía) y doña Beatriz Monreal Aliaga (pareja de hecho).

22) Por el fallecimiento del Sargento Primero don Ismael Hipólito Lor Vicente: doña Trinidad Miguel Lopera (pareja de hecho) y doña Rosa Lor Miguel (hija).

23) Por el fallecimiento del Sargento don Juan Ramón Maneiro Cruz: doña Ana María Sanz Vicario (viuda).

24) Por el fallecimiento del Sargento Primero don Rafael Martínez Mico: doña Ángeles Giménez Rodríguez (viuda), don Rafael Martínez Giménez (hijo), don Víctor Martínez Giménez (hijo), don Rafael Martínez Crespo (padre), doña Carmen Mico Ferri (madre) y doña María del Carmen Martínez Mico (hermana).

25) Por el fallecimiento del Capitán don José María Muñoz Damián: doña Purificación Martín Rico (viuda), doña Marta Muñoz Martín (hija), doña Ana Muñoz Martín (hija), don Victoriano Muñoz (padre), doña Bernardina Damián (madre), don Juan Francisco Muñoz Damián (hermano) y doña María Pilar Muñoz Damián (hermana).

26) Por el fallecimiento del Sargento don Juan Jesús Nieto Mesa: doña Lorena Puente López (pareja de hecho), don Saturnino Nieto Galindo (padre), doña

Florencia Mesa Gil (madre), don Luis Mariano Nieto Mesa (hermano), doña Ana Isabel Nieto Mesa (hermana) y don Román Javier Nieto Mesa (hermano).

27) Por el fallecimiento del Sargento don José Gabino Nve Hernández: doña Ana Belén Barrones Bellido (viuda), doña Paula Nve Barrones (hija), don José Nve Barrones (hijo), doña Nieva Hernández (madre) y doña María Lidia Nve Hernández (hermana).

28) Por el fallecimiento del Brigada don José Ignacio Pacho González: doña María del Carmen Bermejo Martín (viuda), doña Lorena Pacho Bermejo (hija), doña Belén Pacho Bermejo (hija), don Félix Pacho Robledo (padre), doña Iluminada González Rodríguez (madre) y don Félix Pacho González (hermano).

29) Por el fallecimiento del Alférez don David Paños Saa: don José Paños Jaén (padre), doña María del Pilar Saa Delgado (madre), don José Paños Saa (hermano), don Fernando Paños Saa (hermano), don Ignacio Paños Saa (hermano), don Juan Miguel Paños Saa (hermano) y don Santiago Paños Saa (hermano).

30) Por el fallecimiento del Comandante don Felipe Antonio Perla Muedra: doña Rosa Camps Sáez (viuda), doña Regina M^a Perla Camps (hija), doña Beatriz Perla Camps (hija), don Carlos Andrés Perla Muedra (hermano), doña M^a Gloria Perla Muedra (hermana), doña Celia Perla Muedra (hermana) y doña María del Carmen Perla Muedra (hermana).

31) Por el fallecimiento del Comandante don José Manuel Ripollés Barros: doña M^a Paz Fernández Acosta (viuda), don José Manuel Ripollés Fernández (hijo), doña M^a Paz Ripollés Fernández (hija), doña Alicia Barros Gómez (madre), don Carlos Ripollés Barros (hermano), don Fernando Juan Ripollés Barros (hermano), doña M^a Granada Ripollés Barros (hermana), doña África Ana Ripollés Barros (hermana), doña Alicia Dolores Ripollés Barros (hermana) y doña Lourdes Ripollés Barros (hermano).

32) Por el fallecimiento del Cabo Primero don Iván Jesús Rivas Rodríguez: doña M^a Teresa Rodríguez Pérez (madre) y doña Mercedes Rivas Rodríguez (hermana).

33) Por el fallecimiento del Brigada don Eduardo Rodríguez Alonso: doña M^a Ángeles Sofía Pinilos (viuda), don Diego Rodríguez Sofía (hijo), don Eduardo Rodríguez Sáez (padre), doña María Alonso Velasco (madre) y doña M^a José Rodríguez Alonso (hermana).

34) Por el fallecimiento del Brigada don Pedro Rodríguez Álvarez: doña Pilar Ruiz Conde (viuda), doña Marta Rodríguez Ruiz (hija), don Pedro Rodríguez Ruiz (hijo), Rocío Rodríguez Ruiz (hija), doña Martina Rodríguez Álvarez (hermana), don Isaac Rodríguez Álvarez (hermano), doña Lucía Rodríguez Álvarez (hermana) y don Alejandro Rodríguez Álvarez (hermano).

35) Por el fallecimiento del Sargento don Miguel Sánchez Alcázar: doña Susana Jiménez Castillo (viuda), don Denis Sánchez Jiménez (hijo), don Alfonso Sánchez Salido (padre), doña Teresa Alcázar Aliñón (madre), doña Rafaela Sánchez Alcázar (hermana), doña Alfonsa Sánchez Alcázar (hermana), doña Teresa Sánchez Alcázar (hermana), don José Sánchez Alcázar (hermano) y doña Consuelo Sánchez Alcázar (hermana).

36) Por el fallecimiento del Coronel don José Solar Ferro: doña Milagros Ordóñez Alonso (pareja de hecho), doña M^a Aurora Ferro Quintana (madre), don Alberto Solar Ferro (hermano), doña Blanca Solar Ferro (hermana) y don Pedro Solar Ferro (hermano).

37) Por el fallecimiento del Cabo Primero don Feliciano Vegas Javier: doña Eva M^a Jiménez Silva (viuda), don Alejandro Feliciano Vegas Jiménez (hijo), don Carlos Vegas Bernal (padre), doña Antonia Javier Herrero (madre) y doña M^a Yolanda Vegas Javier (hermana).

38) Por el fallecimiento del Soldado don Edgar Vilardell Iniesta: doña Lydia Loza (tía).

39) Por el fallecimiento del Comandante don Antonio Novo Ferreiro: doña María Menéndez Cañedo (viuda), don Diego Manuel Novo Menéndez (hijo), don Antonio Novo Menéndez (hijo), don Jesús Novo Otero (padre), doña Alicia Ferreiro Fernández (madre), don Santiago Novo Ferreiro (hermano), don Jesús Novo Ferreiro (hermano) y doña María Fe Novo Ferreiro (hermana).

40) Por el fallecimiento del Comandante don José Antonio Fernández Martínez: doña Rosario Benítez Maudes (viuda), don Carlos Fernández Benítez (hijo), don Daniel Fernández Benítez (hijo), don Francisco Fernández Crespo (padre), doña Rosa Martínez Novillo (madre), don Francisco Fernández Martínez (hermano) y don Carlos Fernández Martínez (hermano).

41) Por el fallecimiento del Comandante don Francisco Javier García Gimeno: doña Silvia María Estrada (viuda), don Francisco José García Estrada (hijo), don José Antonio García Martín (padre), doña María Mercedes Gimeno Infante (madre), doña Natalia García Gimeno (hermana) y don José Antonio García Gimeno (hermano).

42) Por el fallecimiento del Sargento Primero don Miguel Ángel Algaba García: doña Ana Ochoa Vela (pareja de hecho), don Guillermo Algaba Ochoa (hijo), don Nicolás Algaba Ochoa (hijo), don Manuel Algaba Cantalejo (padre), doña Bernabela García Calle (madre) y don Manuel Algaba García (hermano).

43) Por el fallecimiento del Subteniente don Joaquín Enrique Álvarez Vega: doña M. Rosa Álvarez González (viuda), doña Loreto Álvarez Álvarez (hija), doña Araceli Álvarez Álvarez (hija), don Enrique Álvarez García (padre) y doña M. Dolores Vega García (madre).

44) Por el fallecimiento del Sargento Primero don José Luis Moreno Murcia: doña M. Pilar Monterde Rubio (viuda), doña Eva Moreno Monterde (hija), don Carlos Moreno Monterde (hijo), don Rodolfo Moreno Murcia (hermano) y doña María Murcia Becerril (madre).

45) Por el fallecimiento del Brigada don Francisco Moro Aller: doña María Ascensión Sangüesa Mamar (viuda), doña Paulina Moro Sangüesa (hija), don

Daniel Moro Sangüesa (hijo), doña Enerina Moro Aller (hermana) y doña María Candelas Moro Aller (hermana).

46) Por el fallecimiento del Brigada don José Manuel Pazos Vidal: doña Carmen Concepción Yus Fernández de Bobadilla (viuda), don Manuel Pazos Yus (hijo), don Javier Pazos Yus (hijo), don José Pazos Parada (padre), doña M^a Emilia Vidal Ferradás (madre) y don Ramón Pazos Vidal (hermano).

47) Por el fallecimiento del Cabo Primero don Fernando España Aparisi: doña Miriam Monreal Revuelta (pareja de hecho), don Fernando España Navarro (padre), doña M. José Aparisi Valles (madre), doña M. Pilar España Aparisi (hermana) y doña Elena M. España Aparisi (hermana).

48) Por el fallecimiento del Teniente don David Gil Fresnillo: don David Gil de la Fuente (padre), doña Ángela Fresnillo Lobo (madre), doña Sonia Ángela Gil Fresnillo (hermana) y doña Ángela Gil Fresnillo (hermana).

49) Por el fallecimiento del Cabo don Javier Gómez de la Mano: doña Esther García García (pareja de hecho), don José Gómez Fernández (padre), doña María de la Luz de la Mano Fernández (madre), doña M. Yolanda Gómez de la Mano (hermana) y doña M. Rosario Gómez Fernández (abuela).

50) Por el fallecimiento del Soldado don Carlos Oriz García: doña Ana Carmen García Colás (madre), doña Ana Patricia Oriz García (hermana), don Enrique García Gargallo (abuelo) y doña Palmira Colás Sanz (abuela).

51) Por el fallecimiento del Sargento Primero don José Manuel Sencianes López: don José Ángel Sencianes Muñoz (padre) y doña M. Ángeles Sencianes Menor (hermanastra). Con una representación distinta, también solicitaron ser indemnizados por la defunción del citado Sargento Primero sus hermanos don Miguel Ángel y don Rafael Sencianes López.

52) Por el fallecimiento del Sargento Primero don Alberto Antonio Mustienes Luesma: don Alberto Mustienes Fuertes (padre), doña María Elena Luesma

Castán (madre), don Sergio Mustienes Luesma (hermano), don Iván Mustienes Luesma (hermano) y don Luis Miguel Mustienes Luesma (hermano).

53) Por el fallecimiento del Sargento Primero don Juan Antonio Tornero Ródenas: don Ángel Tornero García (padre), doña Juana Ródenas García (madre), doña María Llanos Tornero Ródenas (hermana), doña Isabel Tornero Ródenas (hermana), doña María Ángeles Tornero Ródenas (hermana) y doña María Verónica Laz (pareja de hecho).

54) Por el fallecimiento del Soldado don David García Díaz: don Eloy García González (padre), doña Remedios Díaz García (madre), doña Noelia García Díaz (hermana), doña Sara García Díaz (hermana) y doña Andrea García Díaz (hermana).

55) Por el fallecimiento del Brigada don Juan José Bonel Suárez: doña Guillermina Fernández Álvarez (viuda), doña Guillermina Bonel Fernández (hija), don Eduardo Juan Bonel Fernández (hijo) y doña María Bonel Fernández (hija).

Las reclamaciones se dirigían contra el Ministerio de Defensa por los daños y perjuicios derivados de la muerte de los militares españoles que regresaban a España en un avión de la compañía aérea ucraniana “UKRANIAN MEDITERRANEAN AIRLINES LTD” (en adelante, UM Air), tras finalizar su participación en la citada misión internacional. El hecho de que el contingente militar español fuera transportado por dicha compañía traía origen de la suscripción por el Ministerio en 2002 con la Agencia de Mantenimiento y Abastecimiento de la OTAN conocida como NAMSA por las siglas en inglés (“*NATO Maintenance and Supply Agency*”) de un acuerdo de ventas (nº SP-17) en virtud del cual dicha agencia se comprometía a contratar los servicios de transporte aéreo para las Fuerzas Armadas españolas cuyo despliegue estaba previsto en Afganistán. Dicha contratación se adjudicó a “CHAPMAN FREEBORN AIRMARKETING GmbH” (en adelante, Chapman Freeborn), que a su vez, a través de una cadena de subcontrataciones, fletó a la compañía UM Air el avión modelo YAKOVLEV 42-D (YAK-42), número de registro UR-42352.

En todas las solicitudes indemnizatorias se afirmaba la concurrencia de los requisitos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios derivados del siniestro, afirmándose la existencia de un nexo causal entre el accidente aéreo y la actuación del Ministerio de Defensa. En aquellos escritos en los que la imputabilidad de dicho accidente a la Administración se fundamentaba en elementos concretos, se apuntaban los siguientes:

- a) La contratación del avión, que es calificada por algunos reclamantes de “irregular e ilegal”. Se aducía la inobservancia del procedimiento de contratación administrativa y, sobre todo, la falta de seguimiento de la ejecución del contrato.

Como prueba de la insuficiencia de mecanismos de control, se alegaba el incumplimiento por parte de Chapman Freeborn de la obligación prevista en el mencionado acuerdo de ventas de constituir un seguro de 75.000 dólares estadounidenses para cada pasajero, situación que obligó a intervenir al Consejo de Ministros, autorizando al Ministro de Defensa en virtud de Acuerdo de 29 de agosto de 2003 a anticipar a los beneficiarios las cantidades correspondientes a la indemnización que se reconocía tanto en dicho acuerdo de ventas como en el contrato suscrito entre NAMSA y Chapman Freeborn.

A raíz de la contratación, en los escritos se insistía en la posición de garante asumida por la Administración, cuya negligencia en las labores de inspección de la aeronave en las etapas previas y de desarrollo del vuelo hicieron posible el accidente.

- b) Las irregularidades detectadas en el transporte contratado. Se invocaban, a este respecto, diversas circunstancias, como los errores en la programación y el plan de vuelo, el defectuoso funcionamiento de determinadas prestaciones del avión YAK-42 o la prolongación de la jornada de la tripulación. De estas irregularidades se colegía, a juicio de los peticionarios, que el avión que transportó a los militares españoles no reunía las condiciones suficientes para hacerlo.

En la misma línea, se aludía a la “alta siniestralidad” del modelo de avión estrellado, que no podía ser desconocida por el Ministerio de Defensa, así como a las quejas del personal militar con carácter previo al accidente relativas al mal estado de los aviones.

c) Los errores en la identificación de los fallecidos.

En los escritos se mencionaban los diversos daños y perjuicios producidos, de índole moral, psicológica y económica, cuantificándose prácticamente en todos los casos el importe de la indemnización solicitada. La suma de todas las cuantías resarcitorias ascendía a 65.660.334,50 euros.

Segundo.- Incoación de los expedientes. Documentación incorporada a los mismos.

A raíz de las reclamaciones, se incoaron seis expedientes de responsabilidad patrimonial de la Administración en virtud de sendos acuerdos adoptados por el Subdirector General de Recursos e Información Administrativa del Ministerio de Defensa, expedientes que pronto quedaron reducidos a cinco:

- Expediente de responsabilidad patrimonial 62/04, con doscientos un reclamantes, familiares de los treinta y ocho primeros fallecidos citados. A este expediente se acumuló el 92/04, incoado con motivo de la petición de doña Beatriz Monreal Aliaga, pareja de hecho de don Sergio López Saz, cuyos padres y hermanas habían solicitado ser indemnizados, siendo esta reclamación tramitada en el expediente 62/04.
- Expediente de responsabilidad patrimonial 84/04, en el que intervinieron veintiún peticionarios, familiares de tres de los militares fallecidos (los Comandantes don Antonio Novo Ferreiro*, don José Antonio Fernández Martínez y don Francisco Javier García Gimeno).
- Expediente de responsabilidad patrimonial 96/04, con ocasión de la petición de cincuenta y nueve familiares de doce de los difuntos

* El 16 de julio de 2004 se presentó escrito por parte de la representación de los padres y hermanos del Comandante don Antonio Novo Ferreiro mediante el que éstos desistían de su reclamación.

(identificados en el antecedente anterior entre los números 42 y 53, ambos incluidos).

- Expediente de responsabilidad patrimonial 98/04, relativo a cinco familiares de don David García Díaz.
- Expediente de responsabilidad patrimonial 134/04, que contaba con cuatro reclamantes, familiares de don Juan José Bonel Suárez.

En los cinco procedimientos recayeron sendos acuerdos de suspensión, adoptados igualmente por el Subdirector General de Recursos e Información Administrativa en los meses de julio y agosto de 2004 y fundados entonces en la falta de emisión del informe técnico por la Comisión Internacional de Investigación de Accidentes Aéreos. Aun cuando dicho informe fue recibido, con su correspondiente traducción oficial al castellano, en junio de 2006, se optó por mantener el mismo estado de suspensión, en razón de la situación de litispendencia resultante de los procedimientos judiciales en los órdenes civil y penal que se seguían por los mismos hechos.

Entre la documentación incorporada a los cinco expedientes, se incluían:

-Los expedientes de fallecimiento relativos a cada uno de los cincuenta y cinco militares cuya defunción fundaba las peticiones indemnizatorias. Todos ellos concluyeron mediante resolución declarativa de que el fallecimiento se produjo en acto de servicio.

-Los informes de la Subdirección General de Personal Militar (Área de Pensiones) del Ministerio de Defensa, sobre las pensiones extraordinarias de viudedad, de orfandad y, en su caso, a favor de los padres, reconocidas a los reclamantes.

-Los informes del mismo órgano directivo en los que se relacionaban los beneficiarios, con expresión de la cantidad recibida por cada uno de ellos, de las indemnizaciones abonadas al amparo del Real Decreto-ley 8/2004, de 5 de noviembre, sobre las indemnizaciones a los participantes en operaciones de paz y seguridad.

-Los informes de la Dirección General de Reclutamiento y Enseñanza Militar en los que se aportaba información sobre las indemnizaciones concedidas en virtud del seguro de vida suscrito para los miembros de las Fuerzas Armadas. La cuantía total de la indemnización por muerte ascendía a 60.101,21 euros, la cual se repartía entre los beneficiarios designados por cada uno de los militares asegurados.

-Los informes de la Acción Social del Ejército de Tierra y del Ejército del Aire así como de la Subdirección General de Prestaciones del Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS), en relación con las prestaciones abonadas por la Asociación Mutua Benéfica del Ejército de Tierra y del Aire a favor de los familiares del personal fallecido. Las cantidades reconocidas por este concepto no superaban los 1.800 euros.

-El informe del Estado Mayor de la Defensa sobre las indemnizaciones para los familiares de los militares difuntos derivadas del seguro previsto en el acuerdo de ventas suscrito con NAMSA.

En este informe, sin fechar, se hacía constar que en el acuerdo de ventas nº SP-17 con NAMSA se incluía la previsión de que todo el personal militar español tendría un seguro de 75.000 dólares estadounidenses por persona. Dicha previsión fue trasladada al contrato marco celebrado entre NAMSA y Chapman Freeborn, de modo que, al recogerse los distintos conceptos que debían asegurarse, se previó que los seguros cubriesen al menos la responsabilidad por lesiones o muerte de los pasajeros hasta 75.000 dólares por cada uno de ellos, incluyéndose un mínimo de 20.000.000 dólares por siniestro. Sin embargo, el avión siniestrado solamente disponía de un seguro de responsabilidad civil frente a terceros, hasta 20.000 dólares de responsabilidad civil por pasajero y un límite de 75.000.000 dólares por siniestro, según el certificado expedido por la entidad aseguradora ucraniana "BUSIN Joint Stock Insurance Company" (en adelante, BUSIN).

Se añadía que, para evitar dilaciones, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de agosto de 2003, se autorizó el pago anticipado a los familiares de los sesenta y dos militares fallecidos de 75.000 dólares por cada

uno de los difuntos, conforme a lo previsto en el acuerdo de ventas y el contrato marco. Dicha cantidad había sido abonada por el Ministerio de Defensa a los familiares que se habían acogido a dicho pago, subrogándose en sus derechos en las cuantías anticipadas.

-El informe evacuado el 14 de mayo de 2004 por el Estado Mayor de la Defensa, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. En este documento se daba respuesta a las presuntas irregularidades imputadas al Ministerio de Defensa y de las que, a juicio de los peticionarios, se derivó el accidente aéreo por el que se reclamaba.

i) En primer término, en el informe se abordaban detenidamente las cuestiones relativas a la contratación del avión siniestrado. Se explicaban las razones prácticas por las que el Ministerio de Defensa decidió contratar el servicio de transporte aéreo a través de NAMSA. En este sentido, se aducía la “gran experiencia” acumulada por NAMSA desde su creación en 1958 en la contratación para los países miembros de la OTAN de toda clase de servicios de transporte, permitiendo flexibilidad y agilidad a través de una “licitación pública internacional con probada transparencia”. Dado que el Ejército de Tierra no disponía de medios aéreos con la capacidad de transporte adecuada para el traslado a Afganistán del personal y material del contingente español, se acudió, como en ocasiones anteriores, a NAMSA, que procedió a dicha licitación, en la que quedó patente la falta de interés de las compañías aéreas comerciales occidentales. En efecto, en el proceso de selección impulsado por NAMSA solamente mostraron verdadero interés seis compañías de las dieciséis invitadas a participar entre las más importantes del transporte aéreo en Europa, lo que era “comprensible” atendiendo a “los condicionantes existentes para las operaciones de vuelo en la zona de Afganistán”, como la inexistencia de una autoridad civil aeronáutica, la prestación del control aéreo por personal militar o la prohibición de vuelos nocturnos o instrumentales y de repostaje de combustible en el aeropuerto de Kabul.

Respecto de la legalidad de la contratación descrita, se consideraba “fuera de toda duda”, toda vez que, a partir del ingreso del Reino de España en la OTAN y en su Organización de Abastecimiento y Mantenimiento (NAMSO), a la que pertenecía la agencia NAMSA, la contratación de servicios a través de esta última era “perfectamente legal”, considerando que el artículo 3.1 de la entonces vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo texto refundido se aprobó por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, excluía de su ámbito de aplicación tanto “*los acuerdos que celebre el Estado con otros Estados o con entidades de Derecho internacional público*” (letra e)), como “*los contratos y convenios efectuados por el procedimiento específico de una organización internacional*” (letra i)).

Todo ello se plasmó en la suscripción en febrero de 2002 con NAMSA del acuerdo de ventas nº SP-17, en el que se recogían los términos para el servicio de transporte aéreo de las tropas españolas desplegadas en Afganistán y, después del correspondiente proceso de licitación internacional, en la firma del contrato marco entre NAMSA y la sociedad limitada alemana “CHAPMAN FREEBORN AIRMARKETING GmbH”. A partir de este momento, las peticiones del Ministerio de Defensa para cada vuelo concreto se dirigían directamente a NAMSA, que, en su calidad de administrador del contrato, efectuaba los contactos oportunos con Chapman Freeborn para la prestación del servicio correspondiente. En este sentido, se describía en el informe el procedimiento de petición para cada vuelo. En relación con el seguimiento de la ejecución, se estableció un Grupo de Control del Contrato para proveer detalles y preparar el personal y material para el transporte, funciones que fueron cumplidas por la Sección de Logística Operativa de la División de Operaciones del Ministerio de Defensa. Desde la firma del acuerdo de ventas hasta la fecha del siniestro, se efectuaron cuarenta y cuatro vuelos de transporte a través de Chapman Freeborn. Por otra parte, la subcontratación estaba expresamente prevista y autorizada en el contrato marco entre NAMSA y dicha sociedad.

Con la cobertura del referido contrato marco, la orden de compra correspondiente al transporte siniestrado fue suscrita entre NAMSA y Chapman Freeborn el 14 de mayo de 2003.

ii) En segundo término, eran objeto de análisis las alegadas irregularidades en el transporte, cuya concurrencia se descartaba una por una. Como punto de partida, se hacía constar que el Ministerio de Defensa no recibió informe o parte alguno vinculado con la seguridad de los vuelos durante el periodo comprendido entre el comienzo de los mismos en febrero de 2002 y la fecha del siniestro; en efecto, los únicos informes sobre incidencia recibidos durante este periodo se referían a aspectos relacionados con retrasos o con el confort del pasaje, sin vinculación con la seguridad de los vuelos ni consecuencias operativas.

En lo que atañía al modelo de avión, el YAK-42 era un medio de transporte de pasajeros, de modo que contaba con cabina para ellos completamente separada de la bodega de carga, sin que la concreta aeronave siniestrada presentara defectos. La siniestralidad del YAK-42 era “similar y en muchos casos inferior a la de otros aviones occidentales”, aportándose en prueba de ello los índices comparativos de siniestralidad de dicho modelo respecto de otras aeronaves de transporte de pasajeros.

Según el informe, no se produjeron irregularidades durante el proceso de preparación del programa y la posterior confección del plan de vuelos. Dicho programa comprendía tanto el traslado de pasajeros desde territorio nacional a Afganistán (en un número fijado finalmente en veintiséis) como su retorno a Zaragoza y Torrejón de Ardoz en Madrid (en número de sesenta y dos). De acuerdo con el itinerario final (incorporado al informe en anexo), éste comprendía las siguientes escalas: Torrejón de Ardoz, Zaragoza, Estambul (Turquía), Asjabad (Turkmenistán), Kabul (Afganistán), Biskek (Kirguistán), Trabzon (Turquía), Zaragoza y Torrejón de Ardoz. Por tanto, en el tramo de regreso la compañía UM Air previó la escala en Trabzon, lo que fue comunicado a Chapman Freeborn, no así al Ministerio de Defensa, por tratarse de una escala intermedia que no suponía alteración sobre el tiempo total de vuelo. Además, el aeropuerto de Trabzon ya había sido utilizado como escala tras el despegue desde Manas, cerca de Biskek (Kirguistán), en los tres vuelos efectuados con anterioridad entre Afganistán y territorio nacional con aviones YAK-42 y era una escala prevista en la programación inicial preparada por UM Air y trasladada al Ministerio de Defensa.

Mención específica recibía la jornada de la tripulación. Se invocaban las previsiones del Convenio sobre Aviación Civil Internacional, firmado en Chicago el 7 de diciembre de 1944, así como las “Reglas de determinación del tiempo de actividad y de descanso de las tripulaciones de las naves aéreas de la aviación civil ucraniana”, aprobadas por el Ministerio de Transporte de este país con base en dicho convenio. Según tales reglas, la actividad máxima diaria era de 14 horas por tripulante, si bien, para el caso de tripulaciones dobladas, esta duración se ampliaba en un 60%, lo que arrojaba un total de 22 horas y 24 minutos. A la vista de estos límites, la decisión del Comandante del YAK-42 de despegar del aeropuerto de Manas “en principio fue correcta”, porque el tiempo de actividad acumulado desde Estambul hasta dicho despegue era de 17 horas y 11 minutos, siendo el tiempo de vuelo previsto desde Manas hasta Trabzon de 4 horas y 45 minutos, lo que hacía un total de 21 horas y 56 minutos (por debajo –en 28 minutos- del tiempo máximo permitido para tripulación doblada).

Acompañaba al informe abundante documentación relacionada con la contratación del transporte y las características del vuelo accidentado.

En particular, se adjuntaba el acuerdo de ventas nº SP-17 en virtud del cual NAMSA se comprometía a contratar, en nombre de España, los servicios de transporte de acuerdo con la declaración de tareas (“*statement of work*” o SOW) y el anexo a dicho acuerdo. Las responsabilidades asumidas por España en virtud del acuerdo abarcaban: i) el establecimiento de los requisitos constitutivos de la declaración de tareas que necesariamente debían ser asumidos por la compañía o entidad que llevara a cabo el transporte de las tropas españolas -en el caso, Chapman Freeborn-; ii) la creación de un Grupo de Control del Contrato para proveer los detalles del transporte y preparar el personal y material para el transporte, constituyendo asimismo el punto de contacto principal con el contratista seleccionado; iii) la disposición de fondos; y iv) la realización de aquellas gestiones de su exclusiva responsabilidad necesarias para una adecuada ejecución del contrato. Por su parte, correspondían a NAMSA, entre otras funciones, la preparación de una lista de empresas adecuadas para participar en la licitación así como de la invitación

para ofertar, incluyendo la declaración de tareas, la colaboración con el Grupo de Control de Contrato, la presidencia de las reuniones para la evaluación de ofertas o la administración del contrato celebrado con la adjudicataria.

El acuerdo de ventas incorporaba la declaración de tareas o SOW, en virtud de la cual la entidad que fuera contratada por NAMSA para el transporte de las tropas habría de cumplir, entre otros, los requisitos siguientes:

- ❖ Los traslados serían realizados por aviones de carga tipo Antonov, Ilyushin, Boeing, Airbus, aunque no de forma limitada a los citados.
- ❖ El cambio de aeronave necesitaría el consentimiento de NAMSA.
- ❖ Correspondía al contratista la asistencia para la carga y descarga, así como los derechos de tráfico y permisos de sobrevuelo, siendo de su cargo los costes derivados de cualquier escala por repostaje.
- ❖ Correspondía al contratista tener conocimiento de las condiciones del aeropuerto de destino, así como de que la aeronave que vaya a utilizar es capaz de operar en el aeropuerto de salida de España y en los de destino de Afganistán.
- ❖ El contratista debería utilizar aeronaves cuya operación y mantenimiento se realizase de acuerdo con las normas internacionales, proporcionando a las tripulaciones las licencias acordes con las mismas.
- ❖ El contratista debería aconsejar la capacidad (volumen, peso) para cada aeronave que tenga intención de utilizar y debería garantizar el transporte seguro de toda la carga en la aeronave, siendo de su elección las rutas.
- ❖ Correspondía al contratista proveer después de cada vuelo una declaración de carga y pasajeros y un informe con los detalles del traslado.

También obraba entre los anexos un informe de la División de Operaciones de fecha 13 de mayo de 2004 sobre las incidencias detectadas en los vuelos efectuados por Chapman Freeborn y las acciones tomadas para subsanarlas. En este informe se describían las nueve incidencias apreciadas en cuarenta y cuatro vuelos (cuatro de ellas recibidas con anterioridad al accidente de 26 de mayo de 2003 y las cinco restantes con posterioridad).

Los informes, partes o mensajes que se recibieron en el Ministerio de Defensa antes de dicha fecha se referían, no a aeronaves para el transporte

de personal, como el YAK-42, sino a aviones de transporte de carga en los que también viajaban pasajeros, "con todos los requisitos de seguridad", pero con menores estándares de comodidad. Ninguna de las citadas incidencias estaba relacionada, según dicho Ministerio, con aspectos de seguridad, sino con retrasos en los vuelos, falta de coordinación en el envío de la paquetería o cambios en la programación de los horarios.

De las incidencias comunicadas con posterioridad al siniestro las quejas más extensas afectaron al vuelo efectuado el día 13 de mayo de 2003 entre España y Afganistán en el avión Tupolev TU-154, operado por la compañía bielorrusa "BELAVIA BELARUSIAN AIRLINES". Las quejas emitidas en informe suscrito el 2 de junio de 2003 estaban referidas a la reserva de asientos para la tripulación doblada, la permanencia del pasaje en el avión durante la escala técnica para repostar, la falta de demostraciones de seguridad a los pasajeros, el aparente deterioro del tren de aterrizaje, el funcionamiento irregular del aire acondicionado o la demora en la salida. En la valoración de dicho informe por el Ministerio de Defensa, respecto del aparente deterioro del tren de aterrizaje, se hacía constar que esta apreciación había sido realizada "por personal no experto en mantenimiento u operación de aeronaves", fijándose en el manual de mantenimiento de cada avión la limitación de desgaste de los neumáticos, "de manera que, lo que a ojos de un profano puede parecer alarmante, en realidad puede estar dentro de los límites de operación establecidos por el fabricante".

Finalmente, se enumeraban las medidas adoptadas con el fin de mejorar las condiciones de los vuelos y así el bienestar de los contingentes transportados, como solicitar información a NAMSA sobre las incidencias, reducir "a lo estrictamente necesario" el transporte de personal en aviones de carga o descartar los vuelos con la compañía aérea responsable (en el caso de BELAVIA).

-Copia de la traducción al castellano del turco del informe técnico de la Comisión Internacional constituida de acuerdo con el Anexo 13 al Convenio sobre Aviación Civil Internacional, relativo a la "investigación de accidentes e incidentes de aviación". Con arreglo a dicho anexo, la comisión

estaba integrada por un presidente y cuatro vocales, todos ellos de nacionalidad turca, si bien participaron en la investigación del accidente representantes acreditados de España (en nombre de las víctimas), Ucrania (Estado de registro y operador) y Rusia (Estado del diseño y fabricante del avión) así como sus correspondientes asesores.

En el informe, evacuado el 29 de julio de 2005, se describían detalladamente todos los aspectos de la investigación del accidente, en el que fallecieron setenta y cinco personas, incluidos los sesenta y dos pasajeros (militares españoles), los doce tripulantes ucranianos (seis de vuelo y seis de cabina) y un asistente bielorruso (inspector de vuelo). El suceso tuvo lugar a la 1,12 hora UTC ("*Universal Time Coordinated*"), tres horas más en horario local, del día 26 de mayo de 2003. La aeronave quedó totalmente destruida por la fuerza del impacto y por el incendio posterior, produciéndose además algunos daños materiales en el lugar del siniestro.

A continuación el informe analizaba los datos recabados. Desde una perspectiva general, se partía de que todos los miembros de la tripulación de cabina poseían los certificados preceptivos y estaban cualificados según las normas ucranianas y de la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI) y los requisitos de la compañía UM Air, sin que existiese prueba alguna de que algún factor relacionado con la salud afectase a la tripulación de vuelo. El avión poseía los certificados oportunos, estaba equipado y se había sometido al mantenimiento de acuerdo con las normas aplicables, no constando que sufriera fallos en su estructura, sistemas de control de vuelo o motores antes del impacto. Con todo, el registrador de voz de la cabina de pilotaje (CVR, del inglés "*cockpit voice recorder*") no tenía datos del vuelo, pues estuvo inoperativo durante los cuarenta y cinco días anteriores al accidente.

A partir de estos datos, se narraban las maniobras de aproximación al aeropuerto de Trabzon del vuelo del YAK-42 procedente del aeropuerto de Manas, cerca de Biskek (Kirguistán). En un primer contacto se asignó a la tripulación la pista en servicio 11, pero más tarde, al cambiar la dirección y la velocidad del viento, se dio la instrucción de aterrizar en la pista 29, ofreciendo el controlador una aproximación circular, todo lo cual obligó a la

tripulación a ejecutar procedimientos de cabina. Al no estar familiarizados con el aeropuerto ni con el tipo de aproximación realizado, la tripulación carecía de la debida información previa al aterrizaje. Estos factores, más la falta de intercambio de las oportunas comprobaciones entre los tripulantes, su cansancio y el deseo insistente de aterrizar cuanto antes, provocaron una valoración incorrecta de la carta y condujeron a una aproximación frustrada.

A raíz de ello, el controlador dio instrucciones para subir a 6.000 pies de altura, por lo que el avión entró en una capa de nubosidad dispersa. Tras el ascenso provocado por la aproximación frustrada, “la tripulación perdió por completo la conciencia de su posición como consecuencia de la tensión ambiental en la cabina y la falta de coordinación y de verificaciones entre ellos”, factores a los que se unía la insuficiencia de la gestión de recursos de cabina (CRM o “*cockpit resources management*”) y de la técnica del piloto. Por ello, la tripulación creyó estar volando sobre el mar cuando en realidad la aeronave se encontraba en un terreno montañoso con valles profundos, lo que provocó una alerta de sistema de proximidad del suelo (GPWS o “*Ground Proximity Warning System*”) con anterioridad al impacto.

El examen de los factores meteorológicos puso de manifiesto que las capas variables de nubes asociadas a chubascos se situaban por encima del mínimo exigido en los procedimientos de aproximación para ambas pistas, de forma que tales datos no conducían a apreciar condiciones atmosféricas adversas que impidieran el aterrizaje seguro del avión. Ahora bien, al no haberse seguido el esquema establecido de aproximación, resultaba difícil “valorar hasta qué puntos los factores meteorológicos complicaron la aproximación y el aterrizaje en ese momento”.

En lo referente a la actuación de la tripulación de vuelo, se concluía que ésta “tuvo una actuación deficiente en la fase final de vuelo”. A falta de disposición de los datos del CVR, la actuación de la tripulación no se evaluó de forma individual, sino a partir de una descripción general realizada con base en las grabaciones del sistema de comunicación por voz del control del tráfico aéreo, los resultados del registrador de datos de vuelo (FDR o “*flight*

data recorder”, que estuvo operativo durante todo el vuelo y del que no se perdieron datos) y el manual de vuelo del YAK-42.

Una combinación de dos tripulaciones distintas debía realizar el viaje desde Estambul (Turquía), pasando por Asjabad (Turkmenistán), Kabul (Afganistán) y Biskek (Kirguistán), hasta Trabzon (Turquía), produciéndose el cambio de una tripulación a otra en el aeropuerto de Kabul. Tras explicarse las normas ucranianas sobre tiempo de actividad y de descanso de la tripulación (conforme a las cuales el límite máximo para tripulaciones dobles se situaba en 22 horas y 24 minutos), en el informe se hacía alusión al retraso de cinco horas ocurrido en el aeropuerto de Manas, el cual no debería computarse si la tripulación hubiese descansado en condiciones adecuadas; según el informe, no estaba claro si el descanso de la tripulación, que tuvo lugar en la propia aeronave, con separación de los pasajeros por cortinas, reunía los requisitos para ser considerado adecuado; en caso afirmativo, el tiempo total de actividad en el momento del siniestro se calcularía en 17 horas y 26 minutos.

Al margen de ello, se afirmaba que, “después de más de veintidós horas de servicio, el inevitable factor cansancio hizo mella en la tripulación” y se reflejó en el comportamiento de sus miembros. Así, el retraso inesperado de cinco horas en el aeropuerto de Manas y una aproximación de no precisión realizada en la fase final de un vuelo bajo condiciones meteorológicas adversas después de cuatro horas y media de vuelo, fueron factores que consumieron las energías de la tripulación, afectando su lucidez mental, la capacidad de atención y la coordinación entre ellos.

En sus conclusiones el informe de referencia apuntaba los siguientes factores concurrentes que contribuyeron al siniestro:

- La prolongada duración del servicio y del vuelo, que provocó el agotamiento de la tripulación.
- La falta de instrucción sobre la línea de vuelo (LOFT o “*line orientated flight training*”) y la prevención de accidentes de aproximación y aterrizaje (ALAR o “*approach and landing accident reduction*”) por parte de la compañía aérea, que limitó la información de la tripulación acerca del aeropuerto de

Trabzon, los perfiles de aproximación, las características geográficas y las restricciones, incluidas las zonas de maniobra.

- La falta de información suficiente por parte de la tripulación acerca del modo de efectuar el recorrido previo al aterrizaje utilizando radiobalizas VOR (“*very high frequency omnidirectional range*”), debido a la ausencia de este procedimiento en el manual de vuelo del YAK-42.
- La selección de la tripulación, la cual no era la adecuada para este tipo de misión y para operar en el aeropuerto de Trabzon, sin que el primer piloto reuniera suficiente experiencia con el YAK-42.
- La falta de formación en la gestión de recursos de cabina (CRM) y en el vuelo controlado contra el terreno (CFIT por sus siglas en inglés: “*controlled flight into terrain*”) por parte de la compañía, lo que originó una deficiente coordinación entre los miembros de la tripulación, en cuanto al intercambio de información, la adecuada utilización de los instrumentos del avión y la consciencia de la situación real.
- Las condiciones climatológicas, las cuales, aunque estaban por encima de los mínimos de aproximación y no constituyeron el principal factor del accidente, también afectaron a la tripulación, junto al cansancio y a la falta de precisión en la aproximación.
- La presión considerable sufrida por la tripulación a la hora de valorar el aterrizaje en un aeropuerto alternativo, como consecuencia de la voluntad de no exceder el tiempo de servicio autorizado y proceder al cambio de tripulación, que habría tenido lugar en Trabzon.

En relación con las posibles causas, se concluía que el vuelo sufrió un “típico accidente CFIT” (vuelo controlado contra el terreno, esto es, el tipo de colisión en el cual una aeronave, bajo total control del piloto, vuela de manera inadvertida contra el terreno o contra un obstáculo), causado por la pérdida de conciencia de la situación, el incumplimiento de los procedimientos normalizados de acuerdo con el manual de vuelo y las cartas de aproximación publicadas, la realización de una aproximación falta de precisión, la utilización incorrecta de los sistemas de vuelo automático, una insuficiente formación de línea de vuelo (LOFT) y el descenso por debajo de la altitud mínima.

Con base en este análisis, el informe finalizaba con diversas recomendaciones dirigidas al Departamento de Transporte Aéreo ucraniano (como la revisión de las normas sobre tiempo de actividad y de descanso de la tripulación, especialmente en lo que concernía a los vuelos de larga distancia con tripulaciones duplicadas), a la compañía UM Air (entre ellas, las relativas a la formación adecuada de los pilotos, proporcionando cursos sobre CRM, CFIT, ALAR y LOFT) y a la Autoridad de Aviación Civil turca (incluida la adquisición por parte del aeropuerto de Trabzon de un radar de aproximación a la vista del previsible aumento del tráfico aéreo en el futuro).

-Una segunda versión del informe elaborado en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial. Este informe revisado a la vista de los datos y las conclusiones de la anterior Comisión de Investigación fue remitido por el Cuartel General del Estado Mayor de la Defensa el 20 de septiembre de 2006.

En líneas generales se reproducían los mismos razonamientos en cuanto a la contratación del avión siniestrado y a las aducidas irregularidades en el transporte, añadiéndose datos procedentes de la aludida comisión.

Tercero.- Causas judiciales.

Se incorporaron al expediente las resoluciones judiciales recaídas en los procedimientos relacionados con los hechos sobre los que versa el expediente:

A.- Juicio ordinario 127/04 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zaragoza.

Este procedimiento fue tramitado a raíz de las reclamaciones de cantidad formuladas por los familiares de sesenta de los militares españoles fallecidos en el siniestro de referencia contra UM Air, BUSIN y Chapman Freeborn (finalmente, las demandas resueltas fueron las de los familiares de cincuenta y nueve militares fallecidos, tras el desistimiento de los parientes de

don David García Díaz). Se dictó el 10 de febrero de 2006 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zaragoza pronunciamiento parcialmente estimatorio de las demandas. Recurrido éste en apelación, el Auto de 11 de octubre de 2007 de la Audiencia Provincial de Zaragoza declaró la nulidad de las actuaciones por falta de emplazamiento de Chapman Freeborn, acordando que, con reposición al momento anterior a su declaración en rebeldía, se procediera a otorgar el plazo legal para contestar a las demandas contra ella interpuestas.

Después de anularse las actuaciones inicialmente practicadas por falta de emplazamiento de Chapman Freeborn, se tramitó el correspondiente juicio ordinario, en el que, tras resolverse la declinatoria propuesta por dicha entidad, se dictó Sentencia por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zaragoza de fecha 11 de marzo de 2010.

En virtud del fallo de dicha resolución judicial, se estimaron parcialmente las demandas presentadas, condenándose solidariamente a UM Air y Chapman Freeborn a pagar a la mayoría de los demandantes (en número total de doscientos noventa y uno) las cantidades que se especificaban. En relación con otros cuatro de los demandantes, Chapman Freeborn era la única condenada, al haberse dirigido exclusivamente contra ella la petición resarcitoria. Finalmente, respecto de otros cuatro demandantes, la condena solidaria recaía, además de sobre UM Air y Chapman Freeborn, sobre BUSIN, si bien en este último caso solamente hasta la suma de 20.000 dólares estadounidenses (límite del aseguramiento prestado por esta entidad).

En la descripción de hechos probados contenida en el antecedente de hecho decimotercero se indicaba que el Ministerio de Defensa encomendó a NAMSA el viaje de vuelta de sesenta y dos militares españoles desde Kabul (Afganistán) y Biskek (Kirguistán) hasta el destino final en Zaragoza y Torrejón de Ardoz, tras lo que NAMSA contrató al intermediario transportista internacional aéreo Chapman Freeborn. La ejecución del vuelo fue subcontratada con la compañía aérea ucraniana UM Air. Se hacía constar que a los pasajeros no les fue entregado billete de transporte alguno ni indicación sobre posibles limitaciones de responsabilidad de las que pudiera beneficiarse la transportista. Se narraban las maniobras de aterrizaje en el aeropuerto de

Trabzon que precedieron al impacto del avión YAK-42, a la luz del informe técnico de la Comisión Internacional constituida de acuerdo con el Anexo 13 al Convenio sobre Aviación Civil Internacional.

Conforme al fundamento de Derecho sexto, la legislación aplicable al caso era el Convenio de Varsovia de 1929 para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, modificado en 1955 en La Haya (no así el Convenio de Montreal de 1999, que no entró en vigor en España hasta el 28 de junio de 2004). Atendiendo a las previsiones de los artículos 17 (*“El porteador es responsable del daño ocasionado, en caso de muerte, herida o cualquier otra lesión corporal sufrida por cualquier viajero, cuando el accidente que ha causado el daño se haya producido a bordo de la aeronave o en el curso de todas las operaciones de embarque y desembarque”*) y 20.1 (*“El porteador no será responsable si prueba que él y sus comisionados han tomado todas las medidas necesarias para evitar el daño o que les fue imposible tomarlas”*) de dicho convenio y a la interpretación jurisprudencial de tales previsiones, se establecía una presunción legal de culpa generadora de la responsabilidad del transportista, salvo que éste probase que él y sus dependientes tomaron las medidas necesarias para evitar el daño, que les fue imposible tomarlas o que la persona lesionada ha sido la causante del año o ha contribuido al mismo. La compañía aérea demandada no había acreditado, como le incumbía, que concurrieran las circunstancias del artículo 20 citado, es decir, no había probado que se agotara su diligencia para evitar el siniestro.

La controversia se centraba a continuación en si eran o no aplicables los límites de responsabilidad establecidos en el artículo 22 de dicho convenio, lo que se descartaba con fundamento en dos argumentos:

- En primer lugar, la falta de entrega de billetes a los pasajeros, considerando que, de acuerdo con el artículo 3 del Convenio de Varsovia, si el porteador admitiese al viajero sin la expedición de un billete de pasaje, no tendría derecho a prevalerse de las disposiciones convencionales excluyentes o limitativas de su responsabilidad.
- En segundo lugar, la existencia de culpa grave, la cual también conducía a la inaplicación de los límites de la responsabilidad, con arreglo al artículo 25

del Convenio de Varsovia. En este sentido, había quedado probado el fallo humano por parte de los tripulantes, cuyas maniobras fueron gravemente incorrectas, con un primer aterrizaje frustrado y un segundo intento en que acabaron dirigiendo el avión a la zona sur del aeropuerto, sin conciencia de la situación. Tales maniobras excedían “de la mera conceptualización de culpa” y llevaban “a presumir la existencia de culpa grave, una actuación temeraria en la tripulación”, sin que se hubiese aportado explicación alguna razonable por parte de la compañía demandada de la actuación de sus dependientes. El que no funcionara el CVR (que habría aportado datos sobre las causas) debía perjudicar a UM Air, pues era responsable de su operatividad.

El fundamento de Derecho séptimo examinaba la petición de la parte actora de la condena solidaria de Chapman Freeborn. En este análisis resultaba determinante el contenido del contrato marco suscrito por esta entidad con NAMSА, del que resultaba i) que Chapman Freeborn asumía frente a los pasajeros en cualquier vuelo amparado por el contrato marco la posición de transportista, estableciéndose una relación contractual directa con los pasajeros; ii) que dicha entidad en ningún caso podía eximirse de la responsabilidad del cumplimiento del contrato marco, con independencia de que se autorizaba la subcontratación con terceros; y iii) que era responsable, eximiendo a NAMSА, frente a cualquier reclamación derivada de la prestación de los servicios contratados. En atención a estas previsiones, el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zaragoza concluía que Chapman Freeborn, “a cambio del correspondiente beneficio económico, asumió frente a los pasajeros del vuelo una posición de garante respecto al correcto cumplimiento del servicio de transporte contratado, una obligación de resultado, debiendo responder solidariamente con la compañía aérea que finalmente actuó como porteadora frente a los perjudicados”, todo ello sin perjuicio de las acciones de repetición que procedieran contra la codemandada.

Sentado lo anterior, se entraba a conocer de las pretensiones indemnizatorias de los demandantes en los fundamentos de Derecho octavo y noveno. A este respecto, se afirmaba la existencia de dos tipos de obligaciones pactadas en el contrato con Chapman Freeborn: la contratación de un seguro de vida de 75.000 dólares estadounidenses por pasajero, lo que era

independiente de la responsabilidad civil que correspondía a dicha entidad. Se consideraba que, a excepción de los perjuicios materiales directos por la pérdida de equipaje, fijados de forma prudencial en 1.000 euros por víctima (atribuidos a quienes se presumían herederos), no concurría otro daño que el moral. Las cantidades procedentes eran “sustancialmente idénticas para los perjudicados con el mismo grado de parentesco, teniendo en cuenta la existencia o no de otro grupo de parientes más próximo”, sin perjuicio de la especificación de una indemnización distinta de probarse una situación que lo justificase. A la vista de las cantidades reconocidas en el fallo, pueden extraerse los siguientes criterios generales:

- Se indemnizaba con 60.000 euros a la viuda o pareja de hecho.
- Los hijos percibían 30.500 euros cada uno, cifra que se elevaba a 31.000 en el caso de hijo único.
- De concurrir con los anteriores, se reconocía a cada padre la cantidad de 8.500 euros. Esta suma se incrementaba a 9.000 euros si los padres concurrían exclusivamente con la viuda o pareja de hecho.
- En ausencia de viuda, pareja de hecho e hijos, la indemnización reconocida a cada padre ascendía a 30.500 euros (o 61.000 euros en el caso de un solo progenitor).
- La indemnización a favor de los hermanos se fijaba en 3.000 euros.
- No se abonaba cuantía alguna a quienes tuvieran otro grado de parentesco a falta de prueba de un vínculo especial con el fallecido, rechazándose por este motivo la petición de doña Araceli Saz Pérez, tía de don Sergio López Saz, y de los abuelos de don Carlos Oriz García.

Entre los criterios particulares aplicados, procede hacer constar el rechazo de las peticiones de doña Miriam Monreal Revuelta y doña Esther García García, al no haberse probado una unión conyugal de hecho, respectivamente, con don Fernando España Aparisi y con don Javier Gómez de la Mano. Por otra parte, en relación con los familiares de don José María Sencianes López, desistió de la solicitud su padre, don José Ángel Sencianes Muñoz, y no se estimó acreditada la condición de perjudicada de su hermanastra, doña María Ángeles Sencianes Muñoz, considerando la documentación aportada por los hermanos de la víctima (indemnizados, frente

al criterio general, con 30.500 euros cada uno) que probaba la mala relación de éste con su padre.

Recurrido el anterior pronunciamiento, la Audiencia Provincial de Zaragoza acordó en Sentencia de 22 de noviembre de 2010, desestimar los recursos de apelación interpuestos por Chapman Freeborn, UM Air y BUSIN y estimar parcialmente el formulado por doña Guillermina Fernández Álvarez, doña Guillermina, don Eduardo y doña María Bonel Fernández, viuda e hijos de don Juan José Bonel Suárez, elevando las cuantías indemnizatorias en el sentido de reconocer las cantidades de 70.000 euros a doña Guillermina Fernández Álvarez, 36.334 euros a doña Guillermina Bonel Fernández y 36.333 a don Eduardo y doña María Bonel Fernández.

Entre los argumentos conducentes a la desestimación de los recursos de apelación de las demandadas en el juicio ordinario, conviene destacar dos. En primer término, la aplicabilidad del Convenio de Varsovia se confirmaba atendiendo a la naturaleza civil del vuelo, con pleno sometimiento a este régimen jurídico, aunque fuera usado instrumentalmente para una operación de logística militar y los pasajeros se encontraran en acto de servicio. En segundo término, se sostenía que lo que debería haberse asegurado con base en el contrato marco entre Chapman Freeborn y NAMSА –y no se aseguró dando lugar al Acuerdo del Consejo de Ministros autorizando el adelanto de 75.000 dólares- constituía un “verdadero seguro de accidentes”, cuyo importe no tendría que deducirse del deber de resarcimiento de los responsables civiles.

En cuanto al recurso formulado por los familiares de don Juan José Bonel Suárez, la Audiencia Provincial consideraba factible, “dada la moderada ponderación de las indemnizaciones realizada en la instancia”, elevar las cuantías reconocidas a los recurrentes (en 10.000 euros para la viuda y en 6.000 euros para los hijos).

Por Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2012 se declaró no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Chapman

Freeborn contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 22 de noviembre de 2010.

B.- Diligencias previas 366/2003 del Juzgado Central de Instrucción nº 3.

Estas diligencias se incoaron con motivo de la querrela presentada por la asociación de familias afectadas por la catástrofe del accidente aéreo del Yak-42 y otros por un delito de imprudencia con resultado de muerte imputable a los responsables del Ministerio de Defensa en la fecha del siniestro: don Antonio Moreno Barberá (JEMAD), don Juan Luis Ibarreña Manella (JEMACON), don Alfonso Elías Lorenzo Tabeada, don Joaquín Yáñez González y don José Antonio Martínez Sáez de Rozas, como miembros del Grupo de Control del contrato, y don Abraham Ruiz López, representante del Reino de España en NAMSA. Una vez practicadas todas las diligencias de investigación que se estimaron pertinentes, el Juzgado Central de Instrucción nº 3 dictó Auto de 2 de febrero de 2012, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 779.1.1ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 637.2º de la misma norma, acordando el sobreseimiento libre de la causa y su archivo, al entender que los hechos no eran constitutivos de infracción penal.

En los razonamientos jurídicos de la citada resolución se prestaba especial atención a las causas del accidente y a la naturaleza jurídica del ilícito imputado.

Respecto de lo primero, se indicaba que “no fueron las circunstancias relativas al estado y mantenimiento de la aeronave las causas, ni directas ni indirectas, del siniestro” (considerando que el avión se encontraba “en perfectas condiciones técnicas, había pasado todos los controles de mantenimiento y era apto para volar, independientemente de que no funcionara el CVR”), “sino la preparación concreta de la tripulación para maniobrar en un aeropuerto de las características citadas, dada la ausencia de concretos programas de formación, principalmente dirigidos a conformar la necesaria sinergia entre los componentes de aquella, así como las condiciones de

cansancio y estrés consecuencia de las primeras maniobras frustradas de acercamiento, llegando a perder el control de su situación espacial concreta” y a dirigirse al sur del aeropuerto de Trabzon, espacio aéreo prohibido.

En cuanto a la naturaleza del ilícito, se efectuaban varias consideraciones acerca de los delitos de comisión por omisión, en los que a la ausencia de la acción debida tenía que añadirse la producción de un resultado, concurriendo en el autor la posición de garante con capacidad para evitar el resultado. La problemática del movimiento de tropas y su avituallamiento en el ámbito de la OTAN no generaba un riesgo añadido al inherente a cualquier operación militar en un “escenario conflictivo tan alejado”. Tampoco podía deducirse el mismo de la intervención de NAMSA ni de la adjudicación a una empresa avalada por treinta años de experiencia en la aviación. En atención a las incidencias cursadas, no cabía extraer de ellas, en juicio *ex ante*, la previsibilidad del resultado.

La conclusión de dichos razonamientos conducía a negar la existencia de una acción concreta omitida, intencional o imprudente, por parte de los representantes del Ministerio de Defensa, que estuviera relacionada con el vuelo en sí mismo o de forma colateral. Ello fundaba el sobreseimiento libre.

El recurso de reforma interpuesto contra el anterior pronunciamiento fue resuelto en sentido negativo por el Juzgado Central de Instrucción nº 3 de fecha 1 de marzo de 2012.

Los recursos de apelación interpuestos frente a tales pronunciamientos se desestimaron en virtud de Auto dictado el 17 de mayo de 2012 por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

En él era objeto de examen la forma en que las autoridades militares desarrollaron las obligaciones asumidas en su cooperación internacional (fundamento de Derecho noveno). A juicio de la Audiencia Nacional, del entramado de relaciones contractuales entre el Ministerio de Defensa y NAMSA, de un lado, y NAMSA y Chapman Freeborn, de otro, no se deducía cláusula alguna que permitiera inferir dejación de las condiciones de

seguridad en los vuelos realizados susceptible de generar algún tipo de responsabilidad penal contra las autoridades militares españolas. Y ello pese a los partes de incidencias conocidos con anterioridad al accidente, toda vez que de las quejas no podía deducirse infracción acerca de la seguridad de la aeronave. En efecto, tales quejas hacían referencia a “extremos tales como la presencia de personal no militar en los vuelos, retrasos, cambios de horario, distribución, estiba y anclaje de la carga, estado de las ruedas del tren de aterrizaje o defectos en puertas de accesos o de emergencia, deficiencias que, tras ser conocidas por las autoridades españolas, fueron puestas en conocimiento de NAMSA para su corrección”, sin que pueda apreciarse que alguna de dichas quejas verse sobre infracciones de seguridad del avión.

Finalmente, descendiendo al análisis de la imputación objetiva, se concluía que “los imputados no han llevado a cabo ninguna acción generadora de un riesgo no permitido, ni ostentaban ni asumían la condición de garantes de que el resultado no se produjera”, de forma que el desgraciado siniestro no habría podido ser evitado mediante una hipotética acción omitida.

C.- Procedimiento abreviado 295/04.

La causa procedía de las diligencias previas 295/04 del Juzgado Central de Instrucción nº 3, como pieza separada de las diligencias previas 366/03 del mismo órgano instructor, por delito de falsificación de documentos oficiales contra don Vicente Navarro Ruiz, don José Ramón Ramírez García y don Miguel Ángel Sáez García, quienes en el momento de los hechos eran General de División del Cuerpo de Sanidad, Comandante y Capitán Médico, respectivamente.

De conformidad con la descripción de hechos probados contenida en la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 16 de mayo de 2009, recaída en dicho procedimiento abreviado, los tres acusados fueron comisionados por el Ministerio de Defensa, una vez conocida la noticia del siniestro, y se desplazaron a Turquía.

Para cumplir la misión encomendada, una vez en el lugar donde se hallaban los cuerpos sin vida de los españoles, durante la tarde del día 26 de mayo de 2003 y a lo largo del día siguiente, los acusados Sres. Ramírez García y Sáez García, bajo las órdenes del también acusado Sr. Navarro Ruiz, procedieron al examen de los cuerpos contenidos en las bolsas, labor que realizaron conjuntamente con un equipo de médicos forenses turcos que también se habían desplazado hasta allí. Determinada la nacionalidad de las personas a las que pertenecían los restos introducidos en las bolsas, se basaron en signos externos tales como los uniformes, los apellidos adheridos a las ropas o las tarjetas identidad, para llegar a la “razonable certeza de la identidad de treinta y dos cadáveres”. Por el contrario, los treinta cadáveres restantes presentaban tal estado que no era posible identificarlos mediante el examen visual y la deducción, por lo que el equipo turco que había tomado muestras de ADN para la obtención de la huella genética, advirtió a los acusados de la necesidad de utilizar dicha técnica en estos casos.

El resultado de la observación de cada cadáver era recogido por el Comandante Ramírez y el Capitán Sánchez en una ficha que, entregada al General Navarro, servía a éste para asignar una identidad a cada cuerpo. Solamente con ellas, “sin realizar diligencia o análisis complementario alguno, a pesar de ser consciente de que era imposible identificar con tales datos todos los cuerpos”, el Sr. Navarro elaboró una lista en la que indicaba un nombre y apellidos para cada número asignado a cada cuerpo, aparentando que todos ellos habían sido identificados, cuando lo cierto era que “las identidades habían sido asignadas de forma aleatoria en treinta casos”. No constaba que los otros dos acusados intervinieran en la confección de la referida lista.

A continuación se relataban los hechos ocurridos tras la llegada de los cuerpos a España, cuando en los informes de necropsia los interesados omitieron conscientemente aquellas lesiones “que podían fácilmente despertar recelos o dudas sobre el proceso de identificación”, evitando, por ejemplo, las referencias a la carbonización que afectara a partes relevantes.

Tras celebrarse en la tarde del día 28 de mayo de 2003 un funeral de Estado en la base aérea de Torrejón de Ardoz, se entregó a la familia de

cada uno de los fallecidos, el ataúd que, según la identidad asignada por el Sr. Navarro, contenía los restos mortales de su ser querido, procediendo a su inhumación o incineración en distintos cementerios de España.

El relato de hechos probados concluía señalando que las treinta y dos identidades reseñadas con nombres y apellidos en el acta suscrita conjuntamente por las autoridades turcas y españolas resultaron ser ciertas, mientras que, por el contrario, las treinta que fueron unilateral y aleatoriamente asignadas por el Sr. Navarro, fueron “falsas y erróneas”. De ellos los veintinueve restos que habían sido enterrados se exhumaron y fueron entregados a sus verdaderos familiares, tras las pruebas de ADN efectuadas por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Los familiares que conservaban las cenizas de los restos incinerados las entregaron a quienes correspondían y recibieron los restos de quienes, según los análisis, eran los de su verdadero familiar fallecido en el siniestro aéreo, lo que no pudo llevarse a cabo en el caso de dos familias que habían optado por la incineración y habían esparcido las cenizas de quienes creyeron eran sus seres queridos.

A juicio de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, los anteriores hechos eran constitutivos de un delito de falsedad en documento oficial, cometido por un funcionario público, previsto y penado en el artículo 390.1.1ª y 4ª del Código Penal. Se razonaba que de dicho delito era criminalmente responsable en concepto de autor material o directo el acusado don Vicente Carlos Navarro Ruiz, al ejecutar por sí el hecho típico, con conciencia y voluntad de la antijuricidad de su actuar. Los otros dos acusados respondían del mismo delito en concepto de cómplices, al cooperar a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos a los del autor, auxiliando a éste con actos no necesarios para el desarrollo del plan del autor.

Respecto de la responsabilidad civil, se trataba de fijar la indemnización del daño moral derivado de la prolongación del “duelo complicado” como consecuencia de las falsas atribuciones de identidad. La existencia del daño moral derivaba “de manera directa y natural en el caso de las familias de los treinta cadáveres falsamente identificados”, pero no ocurría lo mismo en los demás casos: “aunque el Tribunal comparte el dolor de las

familias y es consciente de que aquellas cuyos parientes estaban correctamente identificados han sufrido cierta zozobra, inquietud o desazón al enterarse de que había identificaciones erróneas, no puede establecer indemnización a favor de las mismas, pues el daño que han sufrido no deriva del hecho ilícito aquí enjuiciado”.

Aunque, según la prueba pericial, el “duelo complicado” se producía en todos los casos de pérdida repentina y traumática de un familiar, a falta de prueba concreta sobre una mayor incidencia sobre unos u otros familiares, se fijaba como cuantía única la de 10.000 euros, que se abonaría a los herederos de los fallecidos falsamente identificados para su reparto por partes iguales. Finalmente, se consideraba “manifiesta en el caso presente” la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, conforme al artículo 121 del Código Penal, toda vez que la aleatoria identificación de los cadáveres se realizó por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones y era producto del desempeño de un servicio público especial para el que fueron comisionados los condenados. En cambio, se descartaba la responsabilidad civil de las aseguradoras llamadas al proceso, habida cuenta de que el daño moral objeto de indemnización estaba fuera de la cobertura de los seguros suscritos por el Ministerio de Defensa.

En suma, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional falló lo siguiente:

1. Condenar a don Vicente Carlos Navarro Ruiz como autor de un delito de falsedad en documento oficial, cometido por funcionario público en el ejercicio de sus funciones, a las penas de tres años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y dos años de inhabilitación especial para el ejercicio de funciones públicas, así como a que indemnizase a los herederos de cada uno de los treinta militares fallecidos erróneamente identificados con 10.000 euros.
2. Condenar a don José Ramón Ramírez García y a don Miguel Ángel Sáez García como cómplices del mismo delito a las penas, para cada uno, de un año y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, multa de tres

meses con una cuota diaria de 10 euros y un año de inhabilitación especial para el ejercicio de funciones públicas, así como a que, en el caso de no satisfacerse la indemnización por el autor, indemnizasen, conjunta y solidariamente, a los herederos en los términos indicados.

3. Declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Ministerio de Defensa, que tendría que hacer frente a las indemnizaciones en defecto de los criminalmente responsables.
4. Absolver a las compañías de seguros “Mapfre Empresas, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.”, “Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.” y “Houston Casualty Europe de Seguros y Reaseguros, S.A.” de las pretensiones indemnizatorias.

Cuarto.- Reanudación de la tramitación. Acumulación.

El Subdirector General de Recursos e Información Administrativa acordó el 11 de marzo de 2013 alzar la suspensión acordada y reanudar la tramitación. Asimismo, decidió la acumulación de los cinco expedientes en el procedimiento de responsabilidad patrimonial 14/13.

Quinto.- Trámite de audiencia.

Se celebró el correspondiente trámite de audiencia. Se expone a continuación el desarrollo de este trámite distinguiendo entre los cinco expedientes acumulados:

- o La representación letrada de los reclamantes del expediente 62/04 presentó un escrito en el que reiteraba los argumentos esgrimidos en la solicitud original. Se sostenía que la muerte de los sesenta y dos militares españoles en el siniestro no era ajena a la actuación del Ministerio de Defensa, “al ignorar completamente el procedimiento de contratación administrativa” y omitir toda fiscalización posterior del contrato irregularmente suscrito, naciendo la responsabilidad de la Administración en su doble vertiente de culpa “in vigilando” y culpa “in eligendo”.

Por su parte, doña Beatriz Monreal Aliaga, cuya petición indemnizatoria en condición de pareja de hecho del Sargento Primero don Sergio López Saz dio lugar al expediente 92/04 –después acumulado al 62/04-, renunció a formular alegaciones en este trámite.

- En relación con el expediente 84/04, únicamente se personaron en audiencia doña María Menéndez Castañedo, viuda del Comandante don Antonio Novo Ferreiro, y sus hijos don Diego Manuel y don Antonio Novo Menéndez. En el extenso escrito de alegaciones presentado, los tres reclamantes citados se ratificaban en su petición inicial, al considerar acreditada en el expediente la culpa del Estado en la tragedia. A su juicio, el accidente fue previsible y pudo haberse evitado en atención al conocimiento de la Administración de las quejas sobre la seguridad de los aviones de la antigua Unión Soviética. Argumentaban que el Ministerio de Defensa no quedaba eximido de su responsabilidad por la culpa de UM Air en la producción del accidente, pues era responsable de evitarlo.
- La representación de don Rafael y don Miguel Ángel Sencianes López, hermanos de Sargento Primero don José Manuel Sencianes López, fue la única del expediente original 96/04 que formuló alegaciones en el trámite de audiencia. La pretensión indemnizatoria deducida por los citados se mantenía por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento del Sargento Primero, no así por los vinculados al error en la identificación del cadáver de éste, cuestión resuelta por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de mayo de 2009. Según este escrito, el siniestro aéreo resultaba imputable al Ministerio de Defensa, primero, por haber aprobado la contratación del YAK-42 a pesar de las quejas relativas a las anomalías de que adolecían los transportes de la extinta Unión Soviética; y, segundo, por no haber ejercido el derecho a inspeccionar la aeronave para contrastar las condiciones de seguridad.
- Los familiares de don David García Díaz, cuya solicitud resarcitoria dio origen al expediente de responsabilidad patrimonial 98/04, no presentaron escrito alguno en este trámite.

- Respecto del expediente 134/04, el representante de los familiares del Brigada don Juan José Bonel Suárez formuló alegaciones afirmando la compatibilidad entre las indemnizaciones solicitadas en vía judicial civil y la reclamada ante la Administración, al no haberse producido la reparación integral de los daños y perjuicios acaecidos.

Sexto.- Propuesta de resolución.

El 30 de abril de 2014, el Instructor del procedimiento propuso desestimar la reclamación.

En primer lugar, se descartaba la existencia de un título de imputación específico. En este sentido, tras diseccionar las resoluciones recaídas en vía civil y penal, se afirmaba que “los reclamantes en este expediente, que han contado con toda la prueba practicada en los procedimientos penales y el procedimiento civil por haber sido parte en ellos, no han aportado prueba que implique la existencia de responsabilidad del Estado a causa de la deficiente ejecución de la prestación de transporte por las empresas obligadas a realizarlo. Tampoco han probado que el procedimiento de contratación seguido por la Administración con motivo de las obligaciones asumidas en su cooperación internacional fuera contrario a Derecho e ilegal, ni que existiera impedimento legal alguno para realizar los acuerdos suscritos, limitándose a señalar que se acudió a un mecanismo de contratación al margen de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas vulnerando el principio de legalidad de la actuación administrativa, y que existió una irregular e ilegal contratación del avión y que no actuó de acuerdo a la posición de garante que le correspondía. Sin embargo, no solo no cita cuál o cuáles artículos del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, han sido vulnerados, sino que tampoco argumenta por qué consideran que la contratación realizada fue ilegal e irregular por ser contraria a lo dispuesto en la ley. No han demostrado por qué, además de ser responsables las empresas condenadas en la vía civil, debe ser responsable el Estado”.

En segundo lugar, se apuntaba que “las cuantías de las indemnizaciones solicitadas por responsabilidad patrimonial coinciden con las solicitadas en vía civil, y los interesados no han procedido a modificar las mismas una vez reconocida una indemnización en esa vía, que ha identificado correctamente el daño indemnizable, exclusivamente el daño moral, buscando un ponderado resarcimiento del mismo y considerando indemnizables al círculo de familiares más próximos de los militares fallecidos, atendiendo a las dramáticas circunstancias que concurrieron en el siniestro; como tampoco las han modificado atendiendo a otras cuantías económicas recibidas a lo largo de estos años por otros cauces”.

En definitiva, se negaba la concurrencia de los requisitos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Séptimo.- Informe de la Intervención General de la Defensa.

El Interventor General de la Defensa informó en el mismo sentido el 20 de mayo de 2014.

Octavo.- Informe de la Asesoría Jurídica General.

El Asesor Jurídico General informó el 12 de junio de 2014 que procedía desestimar las solicitudes indemnizatorias.

Se analizaba en este informe el contenido del Auto dictado el 17 de mayo de 2012 por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, del que se desprendía, a juicio del órgano informante, que los imputados no habían llevado a cabo acción alguna generadora de un riesgo no permitido ni ostentaban ni asumían la condición de garantes de que el resultado no se produjera. Por ello, no existían un vínculo causal entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público.

Se añadía que toda la secuencia de procedimientos judiciales venía a evidenciar que la reclamación administrativa no podía ser acogida. Así, “las consecuencias jurídicas del evento fatalmente producido se dirimieron en

las jurisdicciones civil y penal”, constatándose la ausencia de un nexo causal, al no tener sustento probatorio la aducida dejación de funciones de control por parte de la Administración.

Por otra parte, la Administración había puesto en marcha los mecanismos de protección previstos en el ordenamiento: pensiones extraordinarias al amparo de la legislación de clases pasivas, indemnizaciones en concepto del seguro de vida y accidentes suscrito por el Ministerio de Defensa e indemnizaciones previstas en el Real Decreto-ley 8/2004, de 5 de noviembre. A pesar de lo desgraciado de los hechos acaecidos, la aplicación del régimen de clases pasivas y las indemnizaciones reconocidas, a juicio del Asesor Jurídico General, habían venido a reparar de forma específica a los familiares de los fallecidos.

Noveno.- Primera entrada del expediente en el Consejo de Estado.

El expediente fue remitido por primera vez al Consejo de Estado mediante Orden de V.E. de 8 de octubre de 2014.

Estando entonces el expediente en este Alto Cuerpo Consultivo, V.E. remitió en formato DVD el 21 de octubre de 2014 (con registro de entrada en este Alto Cuerpo Consultivo en la misma fecha) la documentación obrante en los cinco expedientes de responsabilidad patrimonial extractados en los antecedentes primero a sexto, pues en la remisión primigenia solamente obraban la propuesta de resolución y los informes evacuados con posterioridad.

Asimismo, el 26 de marzo de 2015 tuvo entrada en el Consejo de Estado diversa documentación adicional relativa al expediente. En particular, se remitieron unos cuadros explicativos en los que se indicaban, para cada uno de los reclamantes, las cantidades percibidas al amparo de la legislación de clases pasivas, la indemnización abonada en ejecución del Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de agosto de 2003, que autorizó al Ministerio de Defensa a anticipar las cantidades correspondientes al seguro por importe total de 75.000

dólares estadounidenses por cada fallecido, la indemnización prevista en el Real Decreto-ley 8/2004, de 5 de noviembre, las indemnizaciones abonadas por el seguro colectivo de vida y accidentes suscrito por el Ministerio de Defensa y las indemnizaciones fijadas en la Sentencia de 11 de marzo de 2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zaragoza.

A los cuadros se adjuntaba una nota aclaratoria procedente de la Subdirección General de Recursos e Información Administrativa, en la que se relacionaban los criterios seguidos en la confección de dichos cuadros. Se explicaba que no se habían incluido las cantidades abonadas por las Asociaciones Mutuas Benéficas del Ejército de Tierra y del Aire, por el ISFAS y por el plan social del Ejército del Aire, por la escasa cuantía de las mismas. Se hacía mención a la incorporación, como nota en los cuadros correspondientes, de la prestación económica por un importe único de 30.000 euros derivada de la concesión a título póstumo de la Medalla al Mérito Ciudadano en su categoría de plata, otorgada por la Comunidad de Madrid a veintiuno de los militares fallecidos, si bien no constaba información en el expediente acerca de los beneficiarios concretos. También se había actualizado la información relativa a la ejecución del aludido Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de agosto de 2003 en relación con los familiares de cuatro de los fallecidos (don José Ramón Solar Ferro, don Emilio Gonzalo López, don Juan José Bonel Suárez y don Iván Jesús Rivas Rodríguez), adjuntándose a estos efectos el oficio de 4 de febrero de 2015 de la Subdirección General de Costes de Recursos Humanos, explicativo del reparto de la cantidad de 75.000 dólares por cada uno de los aludidos militares difuntos entre sus respectivos familiares. Finalmente, en relación con los parientes de don José Manuel Ripollés Barros, se rectificaba una confusión producida a lo largo del expediente respecto al número de hermanos reclamantes (seis hermanos, en lugar de los siete que figuraban por error en la solicitud indemnizatoria); dicho error aparece ya subsanado en el antecedente primero del presente dictamen.

De la información resultante de los mencionados cuadros se constataba que los únicos peticionarios que no habían tenido acceso a resarcimiento por ninguna de las vías expuestas en los cuadros eran:

- doña Araceli Saz Pérez, tía de don Sergio López Saz;
- doña Lydia Loza, tía de don Edgar Vilardell Iniesta;
- doña Esther García García, quien afirmaba ser pareja de hecho de don Javier Gómez de la Mano, y doña M. Rosario Gómez Fernández, abuela de éste;
- don Enrique García Gargallo y doña Palmira Colás Sanz, abuelos de don Carlos Oriz García;
- doña M. Ángeles Sencianes Menor, hermanastra de don José Manuel Sencianes López; y
- doña Noelia García Díaz, hermana de don David García Díaz (la citada desistió de la demanda civil, como el resto de familiares de este Soldado, si bien, a diferencia de sus hermanas, doña Sara y doña Andrea García Díaz, no estaba designada como beneficiaria del seguro de las Fuerzas Armadas, por lo que no recibió compensación alguna).

El Presidente del Consejo de Estado, a propuesta de la Sección 4ª, devolvió el expediente el 30 de marzo de 2015 con el objetivo de que fuera completado con la siguiente documentación:

- i) En primer lugar, se aludía en diversos escritos a la cadena de subcontrataciones a través de las cuales Chapman Freeborn fletó a la compañía UM Air el avión modelo YAKOLEV 42-D (YAK-42), número de registro UR-42352, que resultó siniestrado.

Se solicitaba la documentación relativa a tales subcontrataciones, así como la emisión de un informe por parte de la autoridad competente acerca del tipo de control o comunicación que versaba sobre las mismas, especificando si eran conocidas por el Ministerio de Defensa o por NAMSA.

- ii) En segundo lugar, se consideraba pertinente recabar información acerca de si el Centro de Inteligencia y Seguridad del Ejército de Tierra emitió algún informe, parte o comunicación acerca del transporte de tropas y materiales a Afganistán en el marco del acuerdo suscrito con NAMSA. En el supuesto de que tal documentación existiera, habría de ser adjuntada y explicitado el curso que se le dio.

- iii) En tercer lugar, en virtud de Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 16 de mayo de 2009, los tres comisionados por el Ministerio de Defensa para acudir al lugar del siniestro, identificar los cadáveres y repatriarlos fueron condenados (uno como autor y los otros dos como cómplices) por delito de falsedad en documento oficial, cometido por funcionarios públicos. Por estos hechos, además de la condena penal a los criminalmente responsables, se declaró la responsabilidad civil derivada de delito, fijándose como cuantía única la de 10.000 euros, que se abonaría por partes iguales a los herederos de los treinta fallecidos que fueron falsamente identificados. También se declaró la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, conforme al artículo 121 del Código Penal.

Sobre este punto, se solicitaba aclaración acerca de si dicha cantidad había sido ya abonada a los perjudicados y por quién.

- iv) En cuarto lugar, constaba que, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de agosto de 2003, se autorizó el pago anticipado a los familiares de los sesenta y dos militares fallecidos de 75.000 dólares por cada uno de los difuntos, conforme a lo previsto en el acuerdo de ventas suscrito entre el Ministerio de Defensa y NAMSA y en el contrato marco firmado entre esta entidad y Chapman Freeborn. Dicha cantidad había sido abonada por el Ministerio de Defensa a los familiares que se habían acogido a dicho pago, subrogándose en sus derechos en las cuantías anticipadas.

Se consideraba procedente la aportación de la documentación relativa a las gestiones realizadas para la repetición de las cantidades abonadas por este concepto y al resultado de tales gestiones.

Posteriormente, procedía dar nueva audiencia a los representantes de todos los interesados, poniendo de manifiesto el expediente completo para que pudieran realizar alegaciones.

Décimo.- Documentación incorporada a raíz de la devolución.

Se extractan a continuación los documentos incorporados al procedimiento a raíz de la devolución acordada por el Presidente del Consejo de Estado el 30 de marzo de 2015:

i) La solicitud de información acerca de las subcontrataciones dio lugar a la remisión el 4 de febrero de 2016 de un informe por el General Jefe del Estado Mayor Conjunto de día 2 anterior.

En este informe se decía que el contrato marco firmado entre NAMSA y Chapman Freeborn, el cual se adjuntaba, reconocía el derecho de NAMSA y su cliente, pero no la obligación, de inspeccionar la aeronave y cualquier documentación referente a la misma, si bien la ausencia de inspecciones no liberaba a Chapman Freeborn de sus responsabilidades ante cualquier deficiencia (cláusula 16). Además, NAMSA se reservaba una serie de facultades para garantizar el cumplimiento del contrato, entre ellas las relativas a la subcontratación, prevista en la cláusula 17. Conforme a la misma, NAMSA permitía subcontratar o recurrir a terceros para la ejecución del contrato, lo que no eximía a Chapman Freeborn de ninguna de sus responsabilidades; asimismo, se exigía la previa autorización de NAMSA en los casos en que las subcontratistas fueran compañías establecidas fuera del territorio de la OTAN o que tuvieran su sede fuera de los países miembros de la OTAN.

Con arreglo a las anteriores previsiones contractuales, el informe de referencia negaba que correspondiera a las autoridades militares españolas conocer o autorizar las posibles subcontrataciones. Se desconocía si Chapman Freeborn informó de las subcontrataciones a NAMSA. Se reconocía, en cambio, que la Jefatura del Estado Mayor Conjunto de la Defensa (JEMACON) conocía el modelo y matrícula del aparato, por figurar en el documento de propuesta de precio para el vuelo, remitida por NAMSA al Estado Mayor Conjunto para aprobación.

A raíz de las gestiones realizadas por el Estado Mayor de la Defensa ante las propias compañías tras el accidente, pudo saberse que, para la

realización del transporte en el que el mismo se produjo, se sucedieron los siguientes contratos: entre Chapman Freeborn y “VOLGA-DNEPR AIRLINES Ltd.” (con sede en Irlanda), entre ésta y “ADRIYATIK Ltd.” (con sede en Turquía), entre ésta y “J.T.R. Company S.A.L.” (con sede en Líbano), y entre ésta y UM Air.

Acompañaban al mencionado informe la orden de compra dirigida por NAMSA a Chapman Freeborn para la contratación del transporte en el que tuvo lugar el accidente, por un precio de 149.000 euros, así como las sucesivas subcontrataciones, salvo la última de ellas. A este respecto, obraba un escrito de UM Air confirmando la suscripción de un contrato con “J.T.R. Company S.A.L.”, del que se aportaba la primera y última página, pero no completo debido a la cláusula de confidencialidad. El coste del vuelo chárter se fijaba en el contrato entre “ADRIYATIK Ltd.” y “J.T.R. Company S.A.L.” en 53.000 dólares estadounidenses. Hubo cinco subcontrataciones, de las cuales la quinta tuvo lugar en Beirut el 19 de mayo de 2003, siendo precio efectivamente pagado de 38.442 dólares estadounidenses.

ii) Respecto de la eventual existencia de documentación emitida por parte del Centro de Inteligencia y Seguridad del Ejército de Tierra acerca del transporte de tropas y materiales a Afganistán en el marco del acuerdo suscrito con NAMSA, el Instructor del expediente dirigió el 21 de abril de 2015 un oficio al Estado Mayor del Ejército de Tierra.

En respuesta, el General Jefe de la División de Operaciones de dicho Estado Mayor remitió el día 4 de mayo siguiente un escrito en el que relacionaba la documentación remitida en 2008 a la Subsecretaría de Defensa sobre dicho transporte, haciendo constar que los informes del Comandante don Alfredo Mínguez Cortés y del Teniente Coronel don Javier Marino González (este último clasificado como reservado) fueron los únicos que hicieron referencia a las condiciones de los aviones civiles contratados.

El Instructor solicitó el 7 de octubre de 2015 que dicha información fuese ampliada, precisando si por parte del Centro de Inteligencia y Seguridad del Ejército de Tierra se evacuó algún informe, parte o comunicación sobre el asunto. Asimismo, se señalaba que el mencionado informe del Teniente Coronel don

Javier Marino González había sido en su día remitido al Juzgado Central de Instrucción nº 3, en la parte desclasificada.

A raíz de este segundo oficio, el General Jefe de la División de Operaciones remitió un informe de 15 de octubre de 2015 en el que indicaba:

1. No es un informe sobre “los riesgos en el transporte del personal”.
2. Es un informe sobre “la comisión de reconocimiento llevado a cabo en el AOR de ISAF entre el 25 de marzo y el 05 Abr.” que emite el TCOL como perteneciente al Centro de Inteligencia y Seguridad para información interna del mismo”.
3. Dicho informe, con una extensión de 15 páginas, recoge la actividad desarrollada por el Teniente Coronel en cuanto al cometido encomendado, que era instalar en el contingente español allí desplegado una serie de nodos de un determinado sistema informático.
4. En el informe hay dos referencias al transporte en avión. Dichas referencias están en el punto 4, Transporte Ida y en el punto final, Conclusiones, párrafo 8, donde dice expresamente: “Se están corriendo altos riesgos al transportar personal en aviones de carga fletados en países de la antigua URSS, su mantenimiento es como mínimo muy dudoso”.
5. Dichas valoraciones son emitidas en relación a ese vuelo específico y según su impresión personal como usuario por el Teniente Coronel, el cual no poseía ninguna formación o conocimiento en seguridad aeronáutica y mantenimiento de aeronaves. (Es cita textual).

iii) Respecto de la responsabilidad civil derivada de delito, declarada en la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 16 de mayo de 2009, se recibió el 20 de mayo de 2015 un escrito de la Subdirección General de los Servicios Contenciosos de la Abogacía General del Estado, conforme al cual dicha responsabilidad había sido ya abonada por don Vicente Carlos Navarro Ruiz. Se adjuntaban las diligencias judiciales de ordenación en las que así constaba.

iv) Por lo que se refiere a las gestiones realizadas para la repetición de las cantidades abonadas en concepto de anticipo por el seguro de accidentes

que debió haber sido suscrito por importe de de 75.000 dólares por cada uno de los difuntos, el Gabinete Técnico del Ministro de Defensa remitió varios documentos, entre ellos los siguientes:

-En primer lugar, las instrucciones del Ministro de Defensa de 19 de abril de 2005 para proceder a plantear las reclamaciones judiciales o de cualquier otra índole que resultasen procedentes en relación con el accidente ocurrido el 26 de mayo de 2003, especialmente contra NAMSA y las compañías subcontratistas.

-En segundo lugar, el informe suscrito por el Abogado General del Estado el 23 de mayo de 2005.

En este informe se afirmaba que NAMSA tendría legitimación para entablar un procedimiento arbitral contra Chapman Freeborn al objeto de obtener la reparación del perjuicio sufrido por las familias de las víctimas con el compromiso de reintegrar el importe de la indemnización al Estado español, subrogado en los derechos de las familias.

Por otra parte, el Estado español podría tener legitimación activa para reclamar contra Chapman Freeborn, pero con el riesgo de que el Tribunal Arbitral se declarase incompetente a favor de los órganos judiciales estatales; además, si el Estado español, en su condición de subrogado en la posición de los familiares de las víctimas, promoviese el procedimiento arbitral, cabía el riesgo de que Chapman Freeborn lograra la suspensión del arbitraje alegando la existencia de litispendencia ante los tribunales españoles o incluso de que ello afectara al procedimiento judicial en sede civil. Además, Chapman Freeborn había afirmado estar dispuesta al pago íntegro de los 75.000 dólares estadounidenses por pasajero (cantidad anticipada por el Ministerio de Defensa), con la contrapartida de que este departamento ministerial asumiera la íntegra responsabilidad civil del siniestro, lo que no se estimaba admisible.

Como recapitulación, se concluía que el ejercicio de acciones contra Chapman Freeborn suscitaba “no pocas incógnitas”, por lo que lo más idóneo para la defensa de los intereses del Estado era el planteamiento contra NAMSA de la reclamación amistosa prevista en el acuerdo de ventas nº SP-17, sin

perjuicio de las acciones de repetición que correspondiesen a NAMSA contra la empresa contratista. La reclamación tendría su fundamento en el incumplimiento por NAMSA de las obligaciones asumidas frente al Estado español; en concreto, ha quedado acreditado que las sucesivas subcontrataciones se verificaron sin conocimiento de NAMSA y por tanto con negligente administración del contrato suscrito con Chapman Freeborn; y, de otra parte, se incumplió la obligación de suscripción de un seguro de 75.000 dólares estadounidenses cuya contratación era obligatoria conforme al acuerdo de ventas.

-Y, en tercer lugar, el laudo dictado el 29 de enero de 2008 por el Tribunal Arbitral constituido *ad hoc*, con sede en París, para resolver la disputa entre NAMSA y Chapman Freeborn (tanto en la versión original en francés como en su traducción al castellano).

Dicho laudo declaró arbitrable pero inadmisibile la solicitud de arbitraje instada por NAMSA, como demandante, contra Chapman Freeborn, como demandada, al objeto de que ésta fuera condenada al abono de 4.650.000 dólares estadounidenses (con el compromiso de la demandante de restituir esta cantidad al Gobierno español, subrogado en el derecho de los familiares de las víctimas). Se hacía constar que NAMSA se reservaba el derecho a reclamar a Chapman Freeborn, en el marco de un procedimiento posterior, la indemnización del perjuicio específico causado por el incumplimiento alegado (consistente en no suscribir, ni directamente ni a través de su subcontratista, un seguro de responsabilidad). Se decidió también que el procedimiento de arbitraje no era abusivo, pero que los gastos y los honorarios de los árbitros, fijados en 200.000 euros, debían ser sufragados por NAMSA.

En el pronunciamiento arbitral se exponían las razones por las que se entendió que la demandante no tenía legitimación: NAMSA, en su condición de estipulante, solamente podía reclamar la reparación de perjuicio directo y personal sufrido por el incumplimiento de la estipulación a favor de tercero, distinto del padecido por el propio beneficiario. Sin embargo, en este caso, el perjuicio por el que NAMSA pedía reparación no era propio, sino sufrido por los pasajeros, terceros beneficiarios de la estipulación contenida en el convenio marco que obligaba a la suscripción del seguro, ascendiendo la suma reclamada al importe

de las indemnizaciones satisfechas por este concepto. A juicio del Tribunal Arbitral, el hecho de que NAMSA se hubiera comprometido a devolver esta cifra al Estado español, como subrogado, no cambiaba en nada el asunto, atendiendo a la propia naturaleza de la estipulación a favor de tercero.

Undécimo.- Nuevo trámite de audiencia.

Una vez incorporada al expediente la anterior documentación, de acuerdo con el escrito de devolución del Presidente del Consejo de Estado, se concedió nueva audiencia a los interesados.

Se recibieron alegaciones de:

- Los padres y hermanas de don David García Díaz, que formularon alegaciones el 15 de abril de 2016.

En su opinión, el examen de los hechos revelaba una actuación reprochable administrativamente al Ministerio de Defensa, sobre el que recaía la responsabilidad por la seguridad de su contingente. Entendían que se había producido un funcionamiento anormal de la Administración, al omitir cualquier tipo de control sobre las circunstancias en las que se llevaban a cabo los vuelos, de lo que resultaba la existencia de un nexo causal con el siniestro, máxime teniendo en cuenta las múltiples advertencias en cuanto a las condiciones de los vuelos (generándose culpa “in vigilando”).

- La representación de doña Beatriz Monreal Aliaga, que se limitó a reiterar en escrito de 18 de abril de 2016 la solicitud de declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración.
- La viuda e hijos de don Antonio Novo Ferreiro, cuyo escrito tuvo entrada en el Ministerio de Defensa el 28 de abril de 2016.

Se sostenía la posición de garante del cumplimiento del contrato del Ministerio de Defensa, al que se consideraba responsable de los incumplimientos. Se relacionaban pormenorizadamente las quejas

formuladas por militares en relación con el transporte de tropas a Afganistán, concluyéndose que el Estado Mayor de la Defensa era conocer “de las pésimas condiciones en que se realizaban estos viajes, previendo que pudiera ocurrir un incidente de un momento a otro”. A juicio de estos reclamantes, ni la declaración de la responsabilidad de la aerolínea ni las indemnizaciones reconocidas al amparo del Real Decreto-ley 8/2004, de 5 de noviembre, eximían al Ministerio de Defensa de su responsabilidad patrimonial.

Este escrito venía acompañado de abundante documentación, entre la que se incluían los escritos sobre quejas incorporados a las actuaciones penales.

Entre ellos, se incluía la nota de despacho de 2 de junio de 2003 del Centro de Operaciones Terrestres del Estado Mayor del Ejército de Tierra, en el que se aludía al informe evacuado por el Comandante don Alfredo Mínguez Cortés sobre la utilización para el transporte de tropas del avión modelo ILUSHYIN-76. El citado sostenía la poca idoneidad de este avión para transportar pasajeros por la mala estiba de la carga, muy próxima a los pasajeros, que podía provocar algún accidente, y por el aparentemente deficiente mantenimiento del tren de aterrizaje y los sistemas hidráulicos.

También se aportó el certificado en el que constaba la parte desclasificada del informe emitido el 28 de abril de 2003 por el Teniente Coronel don Javier Marino González sobre su cometido en el área de responsabilidad de la ISAF. En él se hacía referencia a las incidencias en el transporte a Afganistán, aludiéndose a la falta de anclaje de la mayoría de los contenedores que se cargaban y al pésimo estado de conservación de varias de las ruedas del avión, además de otras incidencias, como retrasos y falta de disposición de la tripulación. En la conclusión se hacía mención, como ha sido indicado, al alto riesgo que, a juicio del firmante, suponía la utilización de aviones de la antigua URSS, debido a su “como mínimo muy dudoso” mantenimiento.

- La representación letrada de los reclamantes del expediente 62/04, en cuyo escrito, presentado el 29 de abril de 2016, se reiteraban las pretensiones indemnizatorias.

Se analizaba la documentación añadida al expediente, afirmándose, entre otros extremos, i) que la cadena de subcontrataciones ocasionó una diferencia económica muy relevante entre la cantidad satisfecha por el Estado español y la percibida por la aerolínea UM Air, diferencia que tenía “trascendencia en la pérdida de seguridad de los aviones y en el riesgo al que se sometió a los pasajeros”, todo lo cual probaba que no se fiscalizó adecuadamente el cumplimiento del acuerdo de ventas firmado con NAMSA; y ii) que, a la vista de lo manifestado por el Teniente Coronel don Javier Marino González, “era notorio y palmario el alto riesgo que se estaba asumiendo al permitir fletar aviones para el transporte de militares en tales circunstancias y su deficitario mantenimiento”.

- Don Miguel Ángel Sencianes López, quien formuló alegaciones el 29 de abril de 2016 en idéntico sentido que el escrito anterior.
- Doña Rosario Benítez Maudes, don Carlos Fernández Benítez y don Daniel Fernández Benítez, viuda e hijos de don José Antonio Fernández Martínez.

En el escrito presentado el 5 de mayo de 2016 se afirmaba la posición de garante del Ministerio de Defensa en el transporte contratado, en el que se cometieron una serie de deficiencias consistentes en la ausencia del seguro, la errónea planificación del vuelo y su inseguridad. Se hacía referencia a las quejas realizadas por otros militares transportados en vuelos anteriores, que, sin embargo, no provocaron la reacción del Ministerio de Defensa.

Tras incorporar el 20 de mayo de 2016 el Subdirector General de Recursos e Información Administrativa del Ministerio de Defensa extracto del expediente, el mismo fue remitido de nuevo al Consejo de Estado.

Y, en tal estado de tramitación, se formulan las siguientes consideraciones:

I.- Objeto de la consulta.

Se somete a consulta el expediente relativo a las solicitudes de indemnización formuladas por los familiares de cincuenta y cinco de los militares españoles fallecidos en el accidente aéreo ocurrido el día 26 de mayo de 2003 en Trabzon (Turquía) cuando regresaban a territorio nacional procedentes de Afganistán, donde habían participado en una misión internacional.

II.- Cuestiones procedimentales.

El procedimiento de responsabilidad patrimonial se ha tramitado respetando lo dispuesto en el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

En cuanto hace al plazo, el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, 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 el asunto sometido a consulta, todas las peticiones han sido deducidas dentro del plazo de un año contado desde la producción del trágico suceso, con la salvedad de la presentada en nombre y representación de doña Guillermina Fernández Álvarez, doña Guillermina, don Eduardo y doña María Bonel Fernández (viuda e hijos del Brigada don Juan José Bonel Suárez), cuya reclamación fue formulada en el mes de julio de 2004, dando lugar a la incoación del expediente de responsabilidad patrimonial 134/04. Pese a ello, tampoco en este caso cabe apreciar un ejercicio extemporáneo de la acción resarcitoria, considerando que, con posterioridad al siniestro, se tramitó un expediente de fallecimiento en el que se declaró como acaecida en acto de servicio la muerte del mencionado militar y, sobre todo, fueron tramitados diversos procedimientos en sede judicial que han resultado determinantes para el esclarecimiento de los hechos y a los que debe atribuirse, por ende, virtualidad interruptiva de la prescripción.

Por el mismo motivo, no puede ser objeto de reproche, pese a la dilación de la instrucción que ha ocasionado, la decisión de mantener suspendida la tramitación de los procedimientos incoados a raíz de las reclamaciones indemnizatorias hasta la conclusión del pleito civil y las causas penales seguidas por los mismos hechos. Como se pondrá de relieve en el examen de fondo, las resoluciones judiciales proporcionan elementos de juicio indispensables para un pronunciamiento acerca de la pretendida responsabilidad patrimonial de la Administración.

También merece una valoración positiva la decisión de acumular las reclamaciones en el presente expediente, al amparo del artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, habida cuenta de que todas ellas guardan identidad sustancial, al reclamarse por los daños y perjuicios derivados del mismo accidente aéreo.

Finalmente, procede constatar que corresponde al Ministro de Defensa la competencia para resolver el expediente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.2 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

III.- Análisis de fondo.

El examen de fondo de las pretensiones resarcitorias acumuladas en el presente procedimiento exige realizar una precisión inicial.

En los escritos de reclamación se vinculan los daños y perjuicios alegados a diversas circunstancias, las cuales pueden ser reconducidas a dos: la aducida imputabilidad a la Administración del siniestro aéreo acaecido el 26 de mayo de 2003 y, por consiguiente, del fallecimiento de los militares españoles; y la pretendida reparación por los errores en la identificación de los fallecidos. Ambas circunstancias han de ser objeto de análisis por separado, toda vez que responden a una secuencia temporal distinta e independiente. En efecto, una cuestión es si el accidente del vuelo en el que viajaban los militares españoles originó una lesión por la que la Administración deba responder al

amparo del régimen de responsabilidad consagrado en el artículo 106.2 de la Constitución, y otra distinta si, al margen de lo anterior, la actuación posterior del Ministerio de Defensa en la identificación de los cadáveres generó el derecho de los familiares afectados por los errores cometidos a ser indemnizados con fundamento en el aludido régimen.

III. A) Sobre el accidente aéreo.

i) Son requisitos exigidos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración la concurrencia de un hecho, acción u omisión que resulte imputable a la Administración o de otro modo al funcionamiento de los servicios públicos; la producción de un daño o perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado, que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar, y la existencia de una relación de causalidad directa e inmediata entre aquel hecho, acción u omisión y el mencionado daño o perjuicio, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal ni en particular la concurrencia de fuerza mayor. Tales exigencias están contenidas en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y han sido precisadas por constante jurisprudencia del Tribunal Supremo y reiterada doctrina del Consejo de Estado.

En el asunto estudiado los familiares de cincuenta y cinco de los militares fallecidos en el accidente aéreo acaecido el 26 de mayo de 2006 en Trabzon (Turquía) solicitan ser indemnizados como consecuencia del fallecimiento de sus respectivos seres queridos, acaecido en acto de servicio. La declaración de acto de servicio tiene eficacia en el ámbito del régimen de clases pasivas, en el que resulta determinante del carácter extraordinario de las pensiones cuyo abono sea procedente.

Para que haya lugar a declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración no es suficiente que el fallecimiento se haya producido en acto de servicio, pues no constituye un título de imputación suficiente a los efectos del régimen de responsabilidad patrimonial. Es decir, la declaración de ésta requiere la concurrencia de un título específico de imputación, diferente del concepto de acto de servicio, que permita vincular causalmente la lesión a la

Administración aun con independencia o al margen de que esta haya tenido lugar durante la prestación del servicio.

Además, para declarar la responsabilidad será imprescindible la concurrencia del resto de los presupuestos, y entre ellos, de una lesión en sentido técnico jurídico que no haya sido objeto de reparación.

Como recuerda el Consejo de Estado en su dictamen 964/2010, de 15 de julio, en relación con las reclamaciones de responsabilidad patrimonial deducidas por funcionarios públicos, "el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración previsto en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cede, en principio, ante cualquier otro régimen específico establecido al efecto. Esta doctrina tiende a evitar la posibilidad de doble indemnización por unos mismos daños y, además, a velar por una recta aplicación del ordenamiento jurídico. En efecto, cuando el legislador o el Gobierno han previsto una vía específica de resarcimiento para perjuicios acaecidos en el seno de una determinada relación jurídica, tal vía resulta de aplicación preferente. En este sentido, el Tribunal Supremo ha mantenido en diversas sentencias -como la de 30 de noviembre de 1989- que cuando la persona o entidad que sufre el perjuicio está ligada con la Administración, mediante un peculiar vínculo jurídico, se ha de buscar el resarcimiento en el seno del propio vínculo".

Ahora bien, dicho dictamen continúa señalando –con cita de otros anteriores- que "esta doctrina tiene como límite el supuesto en que la relación jurídica de que se trate no prevea indemnizar el daño, excluya a ciertos perjudicados o resarza de manera notoriamente insuficiente, pues resulta innegable que las previsiones constitucionales y legales en materia de responsabilidad patrimonial no pueden ser eludidas mediante el establecimiento de regímenes específicos".

Como concreción de la doctrina anterior, el Consejo de Estado se ha planteado en múltiples ocasiones el problema de la compatibilidad entre el régimen general de la responsabilidad patrimonial del Estado, contenido en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el régimen

específico de clases pasivas. Con ocasión de tales asuntos, este Alto Cuerpo ha establecido que, como regla general, es de aplicación este último. Lo anterior no significa, según tiene declarado el Consejo de Estado, que la vía de la responsabilidad patrimonial y las pensiones extraordinarias de clases pasivas sean siempre incompatibles. En efecto, dada la distinta naturaleza y fundamento de las pensiones extraordinarias y las indemnizaciones por responsabilidad patrimonial procederá reconocer una indemnización al amparo de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en aquellos casos en los que la correspondiente pensión extraordinaria no sea suficiente para lograr reparar el daño sufrido por el interesado (por todos, dictamen 43/2013, de 14 de febrero), concurriendo un título de imputación de responsabilidad que desborda la prestación reparadora propia del sistema de previsión social arbitrado para la cobertura de daños en la relación específica de servicio.

A la vista de la doctrina expuesta, será preciso dilucidar en el asunto remitido en consulta dos cuestiones:

- En primer lugar, si concurre un título de imputación específico, distinto del acto de servicio, que permita atribuir causalmente a la Administración el siniestro aéreo que se halla en el origen de las peticiones indemnizatorias.
- Y, en segundo lugar, si los daños y perjuicios aducidos han sido o no reparados por los distintos regímenes específicos, incluido el de clases pasivas, desplegados con ocasión de dicho accidente.

ii) Para el análisis de la primera de las cuestiones aludidas, resulta pertinente el estudio de las concretas circunstancias en las que fue contratado el vuelo accidentado y de las causas que provocaron el luctuoso suceso, a partir de la abundante documentación obrante en el expediente y extractada en los antecedentes tercero, cuarto y décimo.

I

Sobre los hechos de que se debe partir en este dictamen y su alcance en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

1. El principio de prevalencia de los hechos declarados probados por los órganos del orden jurisdiccional penal (inferible del art. 137 de la Ley 30/92) exige tomar como punto de partida de nuestras consideraciones los declarados con tal carácter por las siguientes resoluciones:

- a) El Auto de 2 de febrero del año 2012, dictado en las Diligencias Previas nº 366/2003 por el Juzgado Central nº 3, en su FJ segundo, titulado “Causas del siniestro del YAK-42”, textualmente afirma: “Se concluye como causas del siniestro una concreta conjunción de circunstancias, imputables todas ellas a la gestión de la empresa UM AIR, quien explotaba la actividad del YAK-42 siniestrado, sin perjuicio igualmente de las condiciones ad hoc de la tripulación. En concreto se refiere como los pilotos no habían recibido entrenamientos adecuados en relación al curso de CRM (control de gestión de cabina), así como el curso de CFIT para YAK-42D. Lo anterior incidía en la falta de coordinación e intercambio de ideas entre la tripulación, seguimiento de los indicadores del avión y ser conscientes de la situación; buena prueba de lo cual, en la última de las aproximaciones aportadas, dirigieron el avión hacia la zona prohibida (sur). Tampoco consta que ninguno de los pilotos hubiera aterrizado previamente en el aeropuerto de Trabzon, caracterizado por una orografía montañosa, consecuencia de lo cual no era permitido el volar en su zona sur y con fines de aproximación. Sin perjuicio de lo cual, el 21 de mayo de 2003, la compañía aérea habría impartido un curso relativo a “aeropuertos en zonas montañosas”. También se alude a cómo la compañía UM AIR carecía de cursos de LOFT y ALAR, hecho que implicaba que la tripulación carecía de conocimiento sobre el aeropuerto de Trabzon. Igualmente en el manual de vuelo del YAK-42 no figuraban los métodos de aproximación utilizando VOR beacon, circunstancia que excluía la necesaria información para la tripulación”.

“En síntesis se vienen a establecer como causas del siniestro la falta de preparación concreta de la tripulación para aterrizar en aeropuertos como el de Trabzon, así como de cursos de gestión de cabina que permitiera una sinergia en la tripulación ante situaciones de riesgo, su correcta consideración y respuesta

adecuada en tiempo, y que unido a la razonable fatiga, consecuencia de las horas y circunstancias de los vuelos, determinaron el que se valorara inadecuadamente la realidad”.

“Es decir, no fueron las circunstancias relativas al estado y mantenimiento de la aeronave las causas, ni directa ni indirectas, del siniestro, sino la preparación concreta de la tripulación para maniobrar en un aeropuerto de las características citadas, dada la ausencia de concretos programas de formación, principalmente dirigidos a conformar la necesaria sinergia entre los componentes de aquélla, así como las condiciones de cansancio y estrés consecuencia de las primeras maniobras frustradas de acercamiento, llegando a perder el control de su situación especial concreta; buena prueba de lo cual es cómo se dirigieron hacia el sur del aeropuerto del Trabzon, zona o espacio aéreo prohibido”.

El mismo Auto, en el inciso final del FJ tercero dice: “Fue NAMSA quien asumió la gestión encomendada por las autoridades militares españolas, pudiendo éstas resolver el contrato si consideraban que no se cumplían los requisitos exigidos por España en la citada “declaración de tareas” o SOW”.

Idéntico auto, en su FJ sexto, titulado “Conclusiones”, contiene las siguientes afirmaciones: “Debe quedar constancia clara que la presente resolución en modo alguno desvirtúa la propia gravedad de los hechos donde 62 militares españoles perdieron la vida, de regreso a España, tras realizar operaciones humanitarias, que deben calificarse de solidaridad, valor esencial de nuestro ordenamiento jurídico. Lo único que se ha analizado y que se conforma en base a los elementos que debían valorarse: causa del accidente y obligaciones que pesaban sobre los imputados, es la ausencia de responsabilidad penalmente relevante; nunca la de cualquier otra responsabilidad de naturaleza diversa”.

La frase con que se cierra el fundamento jurídico que se acaba de reproducir es de gran trascendencia: declaradas las responsabilidades civiles exigibles en sentencias firmes dictadas por órganos de ese orden jurisdiccional y contenida en resoluciones de los órganos competentes del orden jurisdiccional penal la denegación de la existencia de responsabilidades de naturaleza penal, las otras responsabilidades de naturaleza diversa a que se refiere el inciso último del FJ sexto del Auto antes transcrito no podían dejar de comprender en su seno las que fueran exigibles en el ámbito administrativo, entre ellas la responsabilidad

patrimonial extracontractual del Estado. La razón es evidente: el alcance del Auto declaratorio del sobreseimiento libre de la causa penal, en aplicación del art. 779.1.1ª, en relación con el art. 637.2, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se produce única y exclusivamente en el ámbito de la responsabilidad penal, no en relación con otras posibles responsabilidades, pues unas y otras se basan en distintos fundamentos jurídicos y se proponen alcanzar fines también diferentes.

Como es sabido, el procedimiento penal tiene por objeto la investigación y, en su caso, el enjuiciamiento de hechos tipificados por la Ley como delito o falta, subjetivamente imputables, generadores de una posible responsabilidad penal basada en todo caso en la culpabilidad. En cambio, el procedimiento para la declaración de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración Pública no tiene como presupuesto la previa comprobación de la existencia de responsabilidades personales, no requiere la previa declaración o constatación de la culpabilidad. Dicha responsabilidad patrimonial tiene naturaleza jurídica de garantía institucional de reparación de lesiones antijurídicas sufridas con motivo del funcionamiento (normal o anormal) de las Administraciones Públicas que el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportar. Luego se volverá sobre este punto.

- b) El Auto de 2 de febrero de 2012 del Juzgado Central nº 3 fue íntegramente confirmado por el Auto nº 152/2012, de fecha 17 de mayo de 2012, dictado por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Rollo 106/12), desestimatorio del recurso de apelación presentado por la representación legal de la Asociación de Familias Afectadas por la Catástrofe del Accidente Aéreo y Otros, al que se adhirió el Ministerio Fiscal. Todas las consideraciones contenidas en este Auto producen sus efectos en el estricto ámbito penal, no más allá.

2. En el ámbito de las responsabilidades civiles derivadas del siniestro, la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zaragoza, de fecha 10 de febrero de 2006, aprecia lo siguiente en el F.D. Tercero: “De una lectura de las conclusiones y causas probables del accidente del informe del Sr. Orlando Jiménez (Tomo 111 inicio) de dic. 2003 y de las expuestas por la Comisión Internacional en julio de 2005 obtenemos la convicción psicológica suficiente para concluir que el accidente, en último término, fue consecuencia directa de la deficiente organización empresarial de UM Air que nos lleva a concluir en palabras

del perito Sr. Jiménez que formalmente el «vuelo era ilegal» ya que la normativa aérea internacional prohíbe despegar con el certificado médico del Ingeniero de Vuelo caducado y sin que el CVR (Registrador de voz de la cabina de pilotaje) funcionara desde hace 45 días. Asimismo, después se incide en que no recibieron entrenamientos adecuados actuales, no les instruyeron en sistemas CRM (Gestión de Recursos en Cabina), no recibieron información sobre aproximación al aeropuerto de Trabzon, la tripulación estaba por debajo de los estándares de seguridad aérea; la tripulación no estaba cualificada para este tipo de vuelo, entre la tripulación existía sinergia cero ; estaban volando desde las últimas 23 horas, con 5 horas de espera no prevista porque un aeropuerto estaba cerrado, que propiciaba que el accidente se produjera en cualquier momento. En los momentos finales, después de la 1ª maniobra de aproximación frustrada porque volaban muy alto y rápido, con vientos de 260º de cola existió una baja conciencia de situación, con una mala toma de decisiones y ningún piloto supo romper la cadena de errores, sobre todo cuando se activó el sistema de aviso de proximidad a tierra GPWS y teniendo 9 segundos para meter máxima potencia a los motores, estabilizar el avión y subir para escapar de la colisión no reaccionaron.”

Dicha sentencia del orden civil añade en el F.D. Quinto (bajo el título “Imputación subjetiva de responsabilidad”) lo siguiente: “Asimismo, aunque no sea necesario porque consideramos aplicable el art. 3 C), entendemos que también se puede subsumir la cadena de errores en la gestión empresarial referida en los hechos probados como encajable en la exoneración del límite financiero de la responsabilidad porque existe culpa grave , encardinable en la figura del dolo eventual ya que valorando la teoría del dominó , expuesta por el perito Sr. Jiménez, en la que concluyó que UM Air no pasaría actualmente una auditoría de seguridad aérea internacional, es evidente que las acciones y omisiones graves de la Cía. Aérea son calificables civilmente como culpa grave.”

Tras declararse la nulidad de las actuaciones por falta de emplazamiento de Chapman Freeborn por Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 11 de octubre de 2007, se repitió el juicio ordinario, finalizado en virtud de Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zaragoza de 11 de marzo de 2010. En ella se negaba que la compañía aérea demandada hubiese acreditado, como le incumbía, que agotara su diligencia para evitar el siniestro, considerando las conclusiones de la Comisión Internacional constituida de acuerdo con el Anexo 13

al Convenio sobre Aviación Civil Internacional acerca de las “incorrectas maniobras de la tripulación” empleada por dicha compañía y las recomendaciones sobre las medidas que tendría que tomar para evitar siniestros. Esta misma sentencia reafirma la existencia de culpa grave, las maniobras gravemente incorrectas de los tripulantes, la actuación temeraria de la tripulación y declara que “el que no funcionara el CVR debía perjudicar a UM Air, pues era responsable de su operatividad”.

Esta sentencia fue confirmada por sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 22 noviembre 2010.

3. Del informe técnico de la Comisión Internacional constituida de acuerdo con el Anexo XIII del Convenio sobre Aviación Civil Internacional, también citado y resumido en antecedentes, conviene recordar ahora:

- a) Sus conclusiones: Están reproducidas en los antecedentes de este dictamen y a ellas nos remitimos.
- b) Las recomendaciones dirigidas a la compañía UM AIR, entre ellas, las relativas a la formación adecuada de los pilotos. Debe recordarse lo antes transcrito: entre los diversos factores que contribuyeron al siniestro, uno de ellos fue “la selección de la tripulación, la cual no era adecuada para este tipo de misión y para operar en el aeropuerto de Trabzon, sin que el primer piloto reuniera suficiente experiencia en el Yak 42”.

II

Sobre las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y su interpretación por el Consejo de Estado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

1. A las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado ya nos hemos referido y no es necesario reproducirlas de nuevo.

2. Como ha dicho el Consejo de Estado (en la publicación oficial: Compendio de la Doctrina del Consejo de Estado, XXV Aniversario de la Constitución, págs. 412 y siguientes) la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es una garantía sustancial que encuentra su

fundamento último en una razón de solidaridad, tiene un carácter objetivo, esto es, que no se exige la concurrencia de una conducta dolosa o culposa. Recuerda el Consejo de Estado que, como ha señalado el TS en sus sentencias de 4 de julio de 1980 y 7 de julio de 1982, el principio de responsabilidad de la Administración Pública reconocido en el art. 9.3 de la Constitución se eleva a principio de máxima jerarquía en el art. 106.2 de la misma Constitución, por lo que no es dable ya dudar de que constituye un pieza fundamental de nuestro Estado de Derecho, cuyo natural carácter expansivo impide en su aplicación toda interpretación que obstaculice su plena realización material (dictamen núm. 47/449, de 27 de noviembre de 1986). Ha sostenido también el Consejo de Estado (vid dictamen núm. 45.862, de 1 de diciembre de 1983 y núm. 1.085/2000 de 6 de abril) que la acción administrativa que puede generar responsabilidad patrimonial de la Administración no es sólo la que resulte ilícita o contraria al ordenamiento (funcionamiento anormal de los servicios públicos) sino incluso la que, persiguiendo fines de interés general y siendo en sí misma lícita y conforme a Derecho, lesiona individualizadamente los bienes o derechos de un particular en términos que supongan para él un sacrificio especial excesivo o desigual, y no una simple carga que ese particular esté obligado a soportar con carácter general (ídem. Dictamen). No está, pues, asociado el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública a la afirmación de la concurrencia de actuaciones subjetivas generadoras de cualquier tipo de culpa. Y todo ello sin llegar a concebir la institución como una forma de aseguramiento universal, ni a considerar el servicio público como un centro de imputación automático de cualesquiera hechos que acaezcan en el área material de aquél.

En la misma línea, recuerda la doctrina científica que el art. 139 de la LRJAP, al concretar el art. 106.2 de la CE en el sentido de que lo mismo da que el funcionamiento de los servicios públicos sea anormal o normal, está configurando un modelo objetivo de responsabilidad, ajeno a los conceptos de ilicitud, culpa o negligencia. Así lo ha interpretado insistentemente la Sala Tercera del Tribunal Supremo (SSTS de 24 octubre 2000 y 29 noviembre 2001) recordando que “no se requiere otro requisito que la relación de causalidad entre el acto y el daño, siempre que la actuación lícita o ilícita de la Administración se produzca dentro de sus funciones propias”.

3. A los efectos de la cuestión que se analiza, resulta de especial interés la doctrina del Consejo de Estado recientemente sentada con motivo de sendas reclamaciones de responsabilidad patrimonial relacionadas con el funcionamiento de la Administración militar:

- a) La parcial estimación de la reclamación propuesta en el dictamen núm. 1.725/2011, de 12 de enero de 2012, se funda en un razonamiento a cuyo contenido pertenecen las siguientes afirmaciones esenciales: sobre el tercero interpuesto (en aquel caso, un contratista) conserva siempre la Administración un poder de dirección; la Administración concernida (en aquél caso un Consorcio) no efectuó en cumplimiento de sus deberes de vigilancia ningún control sobre las condiciones de desarrollo de un evento cuya naturaleza era determinante de una situación de riesgo objetivo; en apoyo de la doctrina que se sostiene y que se aplica en el dictamen, invoca las SSTS núm. 1.161/2000 de 18 de diciembre, núm. 199/2002, de 7 de marzo, y núm. 1.083/2004, de 16 de noviembre, las tres de la Sala Primera del Tribunal Supremo y todas ellas referentes a supuestos de responsabilidad extracontractual.
- b) La parcial estimación propuesta en el dictamen 1.138/2012, de 29 de noviembre de 2012, hace referencia al supuesto de una actividad desarrollada por la Administración militar altamente generadora de riesgo. En él se afirma que el análisis resulta fructífero si se hace a la luz de la doctrina de la responsabilidad objetiva por creación de riesgo y que el desarrollo por la Administración de una actividad de riesgo de estas características (se refiere a un alto riesgo) es susceptible de generar responsabilidad.
- c) La estimación propuesta en el dictamen 678/2016, de 22 de septiembre, en el que reiterando lo recogido en el dictamen 361/2006, de 11 de mayo, se reconoce que existe, además, un título de imputación específico, distinto del concepto de acto de servicio, como es la creación, por parte de la Administración, de una situación de riesgo que le obliga a responder de las consecuencias que de tal situación se derive, refiriéndose seguidamente a las pruebas acreditativas de que la Administración conocía tal riesgo.

No resulta difícil comprender que el transporte en que se produjo el siniestro al que se refiere el presente dictamen constituía una actuación de alto riesgo. Tampoco ofrece duda que, aunque realizado a través de tercero, dicho transporte

no pertenecía a un ámbito ajeno a la actuación de la Administración militar: eran miembros y efectivos de las Fuerzas Armadas los que se transportaban en el marco de una intervención humanitaria vinculada a la política de defensa nacional. En efecto, a la preservación de la paz y seguridad internacionales como finalidades de la política de defensa se refiere el artículo 2 de la LO de Defensa Nacional nº 5/2005, de 17 de noviembre; a las Reglas del comportamiento del militar cuando actúa en misiones para contribuir al mantenimiento de la paz, estabilidad y seguridad y apoyar la ayuda humanitaria se refiere el art. 4.2 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar; a las operaciones de paz y ayuda humanitaria se refieren también los arts. 93 al 97 de la Reales Ordenanzas de las FFAA, aprobadas por RD 96/2009, de 6 de febrero; y a las reglas de comportamiento militar cuando estos actúan en misiones para contribuir militarmente al mandato de la paz, estabilidad y seguridad y apoyar la ayuda humanitaria se refiere, concretamente, la regla segunda del art. 6.1 de la LO 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de los Miembros de las FFAA.

III

Relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento de la Administración militar.

1. No parece conforme con cuanto hasta aquí ha quedado expuesto sostener que el siniestro tuvo lugar en términos de absoluta desvinculación con el funcionamiento de la Administración militar.

2. No conduce a esa conclusión el hecho de que el Acuerdo de Ventas entre el Estado Mayor de Defensa, representado por el Jefe del Estado Mayor Conjunto (España) y NAMSA (identificada en antecedentes), estuviera excluido de la aplicación de la Ley de Contratos de la Administración Pública vigente en aquella fecha en cuanto acuerdo comprendido en la exclusión de su art. 3.1. En muy parecidos términos se produce la Ley hoy vigente (art. 4, apartados f) y j) del TR de la LCSP, aprobado por RD Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre). Debe tenerse en cuenta que el art. 4.2 de dicho TR establece que “los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que se produzcan”. La exclusión, pues, de aquel Acuerdo de

Ventas, no remite al vacío. Hay normas que se aplican -no obstante la exclusión- sobre el control que mantiene la Administración militar en relación con la ejecución del Acuerdo.

3. El Acuerdo de Ventas número SP-17 dice textualmente en su apartado tres "Responsabilidades de España": España acepta: 3.1: establecer una lista de requisitos (incluidos en el SOW adjunto); 3.2: establecer un Grupo de Control del Contrato (CCG) para proveer detalles y preparar el personal y material para el transporte. Este CCG será también el punto de contacto principal con el contratista seleccionado. A estos efectos, España dará a NAMSA los nombres, direcciones, números de teléfonos y fax de las personas a contactar; 3.3: confirmar la disponibilidad de fondos antes de la adjudicación del contrato; 3.4: realizar aquellas acciones de su exclusiva responsabilidad que deban ser efectuadas para permitir una adecuada ejecución del contrato.

De este precepto no cabe deducir que el Acuerdo de Ventas supusiera un total y completo traslado de las responsabilidades sobre la ejecución del contrato a NAMSA con simultáneo y total desapoderamiento de competencias de seguimiento y control por la Administración Militar concernida. Así se desprende de la interpretación literal de las cláusulas transcritas, reconocedoras de determinadas competencias traducibles en deberes de control y seguimiento.

Una interpretación literal conducente a vaciar el alcance de las responsabilidades de España sobre la seguridad en la ejecución del transporte de las tropas objeto de este dictamen choca con el precepto interpretativo del art. 1.261 del Código Civil. La intención de los contratistas no era, no podía ser, reducir a la nada los cuatro apartados de dicho apartado número 3, en los que se recoge una autonormación bastante para negar la total desvinculación de la Administración militar en el desarrollo del acuerdo.

Pero sucede además que por muy intensa que se pretenda esa desvinculación no puede llegar al extremo de oponerse a preceptos legales. Así, el art. 39 bis de la Ley 30/1992, redactado conforme a las modificaciones introducidas por Ley 25/2009, de 22 de diciembre, regula los "Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad", y aunque en su apartado 1 opta por las medidas menos restrictivas que sean congruentes con el logro de los fines que persigue, reconoce que las Administraciones Públicas

podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan. Dicho con palabras de la doctrina científica: la Ley 25/2009, al tiempo que, en el ámbito de los principios de la intervención administrativa, opta por la preferencia de la menor restricción o limitación posible y la proporcionalidad de toda medida, paralelamente impone a las Administraciones Públicas el deber de velar por el cumplimiento de los requisitos aplicables mediante las actividades consistentes en comprobar, verificar, investigar, inspeccionar, etc., naturalmente a través de los órganos competentes.

En el ámbito de la navegación aérea, la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea (no aplicable en este supuesto) ha sido recientemente modificada por Ley 1/2011, de 4 de marzo. En la exposición de motivos de la reforma se reconoce que uno de los fines que se persigue es el de la potenciación de las funciones de supervisión en el ámbito de la explotación de las aeronaves. Pese a su reconocida inaplicación, la cita que hacemos está justificada en cuanto expresión actual de una prioridad social, la de incrementar la seguridad en el uso de los transportes aéreos. Laten en el fondo de todas estas consideraciones sobre la supervisión y el control de las Administraciones Públicas de actuaciones llevadas a cabo bien por los propios órganos de la Administración, bien por medios propios o de terceros, las exigencias vinculadas al imperativo derivado directamente del principio democrático (la democracia representativa) y un factor complementario de generación de legitimación funcional, así como también un imperativo de la racionalidad jurídica propia del Estado de Derecho en tanto que mecanismo que contribuye a hacer efectiva la observancia de la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, como reconoce también la misma doctrina científica.

Si lo anterior está justificado en todo caso de intervención administrativa del desarrollo de actividades, ello adquiere una especial importancia cuando la actividad a realizar presenta riesgos, que deben ser evaluados, clasificados o calificados en cuanto a su alcance y medida. Se trata de garantizar los principios de prevención y precaución derivados de los bienes jurídicos de la seguridad. Principios estos últimos que también ordenaban la actuación de la Administración militar en el supuesto objeto de este dictamen. En efecto, téngase presente lo establecido en el art. 27, titulado "Prevención de riesgos y protección de la salud", de la Ley 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las

Fuerzas Armadas, en cuyos apartados 1 y 4 se reconoce el derecho de los militares a recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el ejercicio de su actividad, con las peculiaridades propias de las funciones que tienen encomendadas y se dispone que debe el Estado proveer las medidas necesarias para garantizar, en lo posible, la seguridad y la salud del personal de las Fuerzas Armadas al utilizar los medios y equipos puestos a disposición, con especial atención a los riesgos específicos que se deriven de sus funciones. Una negación de la exigibilidad de estas obligaciones en relación con los miembros de las Fuerzas Armadas que transportaba el avión siniestrado con el argumento de encomendar a un tercero toda la responsabilidad referente a su seguridad no parece compatible con el precepto transcrito, que por otra parte tiene clara conexión con lo establecido en los arts. 15 y 43.2 de la CE.

Todas estas consideraciones nos llevan a la siguiente conclusión: en el caso objeto del dictamen opera la garantía institucional de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración Pública, pues con motivo de una situación de riesgo específico y objetivo originado en el curso de una actuación de transporte de miembros de las FFAA promovido por la Administración militar en cumplimiento de determinados compromisos internacionales contraídos en el marco de la política de defensa, se produjeron lesiones antijurídicas que los perjudicados no tienen el deber jurídico de soportar y que deben ser reparados. Recuérdense lo que puede leerse en el fundamento de derecho noveno del Auto de 17 de mayo de 2012, dictado por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (pág. 1148 del expediente administrativo): “1.- El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas acordó en la Resolución 1286, vinculante para los países de la OTAN, la creación de la fuerza internacional de asistencia y seguridad en Afganistán (ISAF) con el objetivo de restaurar la paz en el citado país y garantizar su integración en la comunidad internacional; 2.- La función del citado compromiso motivó que el Consejo de Ministros acordara el 27 de diciembre de 2001 el despliegue de 485 efectivos; 3.- Adoptado el indicado acuerdo, correspondía al Estado Mayor de la Defensa el planeamiento logístico de la colaboración internacional asumida, que al no disponer de los medios necesarios, dio lugar a la necesidad de acudir a NAMSA –Agencia de mantenimiento y abastecimiento de la OTAN–, en la que España, como el resto de países integrados en la OTAN, cuenta con un oficial de enlace”.

A idéntica conclusión conduce la consideración de que un adecuado cumplimiento de los deberes de vigilancia y supervisión sobre el correcto ejercicio de la prestación de transporte objeto del Acuerdo de Ventas no parece compatible con las siguientes circunstancias:

- a) El avión Yak-42 en que se produjo el siniestro fue proporcionado por una empresa subcontratista ucraniana, esto es de un Estado no perteneciente a la OTAN, no habiendo sido posible constatar si NAMSA llegó a otorgar su consentimiento, pese a estar exigido expresamente en la parte 17 del contrato marco entre NAMSA y la contratista C.F.A. Sobre este punto se afirma en el informe de 2 de febrero de 2016 emitido por el General de Brigada del Ejército del Aire Adjunto para apoyo del Jefe del Estado Mayor del Mando de Operaciones (págs. 197 a 199 del expediente) que “JEMACON” desconocía las posibles subcontrataciones que C.F.A. hubiera podido llevar a cabo y si las mismas había sido aceptadas por NAMSA, conociendo exclusivamente, en el caso que nos ocupa, el modelo y matrícula del aparato, por figurar estos datos en la propuesta de precio para el vuelo remitida por la Agencia al Estado Mayor Conjunto para su aprobación”. De lo que se desprende que la Administración Militar pudo identificar con anterioridad al siniestro tanto la nacionalidad de la compañía transportista, como el precio a que venía obligada a pagar la Administración española. Los datos que la Administración afirma haber desconocido en el momento de los hechos, especialmente la cadena de subcontrataciones, eran de gran trascendencia a la hora de tomar, en tiempo oportuno, las decisiones propias de una prudente, proporcionada y eficiente supervisión de su aptitud para llevar a cabo, en condiciones de seguridad, el transporte contratado.
- b) El avión siniestrado fue proporcionado por una empresa subcontratista. La subcontratista elegida (vid documentos obrantes en folios 219 a 263 del expediente administrativo) fue la resultante de un encadenamiento de subcontrataciones (sobre el cual no ofrece suficiente información el expediente pese a haber sido expresamente requerida por el Consejo de Estado) produciéndose la adjudicación al quinto subcontratista, mediante contrato hecho en Beirut el 19 de mayo de 2003. A lo largo de esta cadena de subcontrataciones tuvo lugar una progresiva reducción del precio, pasándose de un precio inicial de 149.000 euros al de 38.442 dólares estadounidenses. Es razonable pensar que esa progresiva disminución del precio afectó también a las condiciones exigidas al

contratista. Es cierto que el recurso a la subcontratación estaba aceptado por las partes y también que la legislación española la permite y constituye práctica habitual de las Administraciones Públicas para el ejercicio a través de terceros interpuestos (contratistas, concesionarios) de prestaciones de interés público. Pero lo importante a efectos de este dictamen no es el hecho de la subcontratación, cuya posibilidad no se cuestiona, sino la elección misma del subcontratista y el precio finalmente satisfecho. Es muy destacable que el art. 227 del TRLCSP del año 2011 –no aplicable al caso– establece en su apartado 2.b) la necesidad de que el adjudicatario (salvo en el caso excepcionado que especifica) deba justificar suficientemente la aptitud del subcontratista para ejecutar la prestación con referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia. Si recordamos lo que sobre la experiencia y la capacidad de los miembros de la tripulación del avión siniestrado dicen tanto el informe sobre el siniestro de la Comisión Internacional que ya ha sido citado como las resoluciones judiciales civiles y penales (particularmente, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zaragoza de 10 de febrero de 2006, anulada por motivos formales), resulta que la realidad de lo acontecido está alejada del cumplimiento de las exigencias referibles a los subcontratistas. Sobre este punto son reveladoras las recomendaciones dirigidas a UM Air por la Comisión Internacional constituida de acuerdo con el Anexo 13 al Convenio sobre Aviación Civil Internacional, que inciden en la necesidad de una mejor preparación de la tripulación.

- c) El avión siniestrado pertenecía a una empresa de un Estado no miembro de la NATO y que en el pasado había formado parte de la URSS. Este dato desconectado de cualquier otro no tendría trascendencia. Sin embargo, la adquiere a la vista de una información facilitada por el Teniente Coronel de Infantería D. Javier Marino González, con fecha 28 de abril de 2003, a la Administración Militar (vid folios 615 a 619 del expediente administrativo). Se trata de un informe sobre la comisión de reconocimiento llevada a cabo por dicho Teniente Coronel en el AOR de ISAF (Kabul), entre el 25 de marzo y el 5 de abril de 2003. En el apartado “Transporte de Incorporación y regreso a la AOR” expone las incidencias del transporte en el viaje de ida y de regreso. Bajo el epígrafe “Condiciones y Propuestas” aparecen una serie de párrafos. El que figura en octavo lugar dice textualmente: “Se están corriendo altos riesgos al transportar personal en aviones de carga fletados en países de la antigua URSS, su mantenimiento es como mínimo muy dudoso”. Sobre la trascendencia de este

informe se ha pronunciado el escrito del General Jefe de la División de Operaciones (Estado Mayor del Ejército de Tierra) que obra en el expediente (folios 193 y 194). En dicho escrito, de fecha 15 de octubre de 2015, se dice textualmente, en lo que aquí importa, lo siguiente:

1. No es un informe sobre “los riesgos en el transporte del personal”.
2. Es un informe sobre “la comisión de reconocimiento llevado a cabo en el AOR de ISAF entre el 25 de marzo y el 05 Abr.” que emite el TCOL como perteneciente al Centro de Inteligencia y Seguridad para información interna del mismo”.
3. Dicho informe, con una extensión de 15 páginas, recoge la actividad desarrollada por el Teniente Coronel en cuanto al cometido encomendado, que era instalar en el contingente español allí desplegado una serie de nodos de un determinado sistema informático.
4. En el informe hay dos referencias al transporte en avión. Dichas referencias están en el punto 4, Transporte Ida y en el punto final, Conclusiones, párrafo 8, donde dice expresamente: “Se están corriendo altos riesgos al transportar personal en aviones de carga fletados en países de la antigua URSS, su mantenimiento es como mínimo muy dudoso”.
5. Dichas valoraciones son emitidas en relación a ese vuelo específico y según su impresión personal como usuario por el Teniente Coronel, el cual no poseía ninguna formación o conocimiento en seguridad aeronáutica y mantenimiento de aeronaves. (Es cita textual).

La trascendencia del informe remitido por el Teniente Coronel a que acabamos de referirnos hay que valorarla en cuanto puesta en conocimiento de la Administración militar de una situación susceptible de generar consecuencias perjudiciales para la seguridad de los miembros de las Fuerzas Armadas y que por eso llamaba, cuando menos, a una comprobación o verificación de la realidad de los hechos que comunicaba a dicha Administración militar. Desgraciadamente, hechos ex post se encargaron de demostrar que las valoraciones contenidas en tan repetido informe no estaban alejadas de la realidad, cualquiera que sea la opinión que pueda sostenerse sobre la formación o conocimiento de su autor.

- d) El mismo avión siniestrado había sido pilotado, al servicio de su país (Noruega), por el Capitán Sr. Vindenes, con motivo del viaje de Noruega a Afganistán que

realizó en septiembre del año 2002. Las declaraciones de dicho oficial (obrantes en folios 541-548 del expediente) son útiles al respecto. Se refieren a un vuelo que tuvo lugar con fecha 18 de septiembre del año 2002. El capitán puso en conocimiento de sus superiores, entre otros extremos, que la dotación reconoció sentir miedo de morir, que él mismo estuvo muerto de miedo al volar en aquella chatarra de un Yak-42 y que “los miembros del personal temen el vuelo de regreso, algunos incluso admiten abiertamente que temían por su vida”. Tales declaraciones se incorporaron a través de una comisión rogatoria a las actuaciones judiciales relacionadas con el siniestro a que este dictamen se refiere. Al conocimiento de la Administración han llegado, ciertamente, ex post del siniestro. Si se citan es para volver a insistir en que la información facilitada por el Teniente Coronel Marino con anterioridad a la producción del siniestro no puede ser minusvalorada en su capacidad desencadenante de una llamada a la supervisión de la seguridad de los vuelos de transporte de fuerzas armadas españolas, objeto de su informe.

El análisis de las circunstancias expuestas en los inmediatamente anteriores apartados a) a d) no hacen más que reforzar la conclusión alcanzada sobre la procedencia de que, en el caso que se dictamina, opera la garantía institucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, que aquí damos por reproducida. Hay, pues, anteriores a la fecha del siniestro, hechos que habrían permitido a la Administración ponderar el especial riesgo concurrente en el transporte de tropas en que se produjo el accidente. Dicho con otras palabras, con carácter “ex ante” pudieron ser advertidas circunstancias de diversa naturaleza que, tanto individualmente consideradas como sobre todo a través de una valoración conjunta respetuosa con las exigencias ínsitas en los principios de precaución y previsión, habrían llamado a la adopción por los órganos competentes de medidas que pudieran haber despejado el riesgo que se corría.

Comprobada la relación de causalidad, queda entrar en el examen de si las lesiones antijurídicas sufridas por los reclamantes han sido o no reparadas. Caso positivo, no obstante lo hasta aquí afirmado, procederá su desestimación.

iii) Para valorar si se ha producido o no la reparación de las lesiones aducidas, es preciso examinar los distintos regímenes específicos,

incluido el de clases pasivas, que se han desplegado a raíz del accidente ocurrido el día 26 de mayo de 2003 en Trabzon.

Tal y como ha reiterado el Consejo de Estado (por todos, dictamen 1.763/2007, de 15 de noviembre), “la vida y la integridad física son bienes de por sí irreductibles a dinero. Lo más que una suma económica puede lograr es ayudar a sobrellevar penalidades de por sí imposibles de reparar por medios jurídicos. Ello no obsta, sin embargo, para entender que la lesión es evaluable económicamente”.

En este sentido, como viene proclamando el Tribunal Supremo desde la conocida Sentencia de 6 de diciembre de 1912 y recuerda el dictamen 1691/2001, de 20 de septiembre, los daños morales han de ser valorados en términos sustitutivos o de aproximación, si procediere, atendiendo a su afectación de orden meramente espiritual. Así pues, salvo tasación legal expresa, el daño moral ocasionado por fallecimiento en accidente no es igual para el cónyuge o pareja de hecho, los hijos o los padres que para otros parientes más remotos en el grado. Así lo reconoce el Consejo de Estado en una reiterada doctrina que el dictamen 401/2014, de 26 de junio, con cita de otros anteriores, formula en los siguientes términos:

“Los perjuicios morales que la muerte de un ser querido irrogan son inmensos y, en rigor, irreparables con una indemnización monetaria. Resulta evidente a los ojos de los juristas contemporáneos que esta imposibilidad de reparar los daños morales no puede excusar del pago de una suma de dinero por parte del responsable del fallecimiento. No obstante, se ha de tener presente que la disparidad entre una suma económica y los lazos afectivos hace imposible un ajuste satisfactorio de ambos. La regla general no consiste en indemnizar a toda persona que alegue daños morales (aunque verosímilmente los padezca), sino en escoger aquellos en quienes los daños son de mayor intensidad, y concretar en ellos la cuantía del resarcimiento.”

La aplicación de la doctrina expuesta ha conducido en el dictamen 401/2014 citado y en otros muchos a desestimar las peticiones indemnizatorias

formuladas por los hermanos del fallecido, al ceder su eventual derecho ante el de la viuda, descendientes o ascendientes en primer grado de la víctima.

En el presente expediente una pluralidad de vías han conducido al abono de cantidades resarcitorias a los familiares reclamantes a raíz del fallecimiento de sus respectivos seres queridos:

- En primer lugar, atendiendo a las previsiones de la legislación de clases pasivas, se han reconocido las correspondientes pensiones –todas ellas extraordinarias- de viudedad, orfandad y a favor de los padres a las personas en quienes concurrían las condiciones previstas legalmente para el nacimiento de tal derecho.

A ello se suma el reconocimiento por la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 8/2004, de 5 de noviembre, sobre indemnizaciones a los participantes en operaciones internacionales de paz y seguridad, de pensiones excepcionales del régimen de clases pasivas del Estado a favor de, entre otras parejas de hecho de militares fallecidos en el siniestro, doña Ana Ochoa Vela, como beneficiaria del Sargento Primero don Miguel Ángel Algaba García; doña Ana María Madrid Aldeguer, como beneficiaria del Cabo Primero don Juan Carlos Bohabonay Domínguez; doña Lorena Puente López, como beneficiaria del Sargento don Juan Jesús Nieto Mesa; y doña Beatriz Monreal Aliaga, como beneficiaria del Sargento Primero don Sergio López Saz; todas ellas reclamantes en el presente procedimiento.

- En virtud del seguro colectivo de vida suscrito por el Ministerio de Defensa para los miembros de las Fuerzas Armadas, ha sido satisfecha la cantidad de 60.101,21 euros por cada muerte, a cuyo reparto se ha procedido entre los beneficiarios designados por los militares asegurados.
- Por Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de agosto de 2003 se autorizó el pago anticipado a los familiares de los sesenta y dos militares fallecidos de 75.000 dólares por cada uno de los difuntos, conforme a lo previsto en el acuerdo de ventas suscrito entre el Ministerio de Defensa y NAMSA y en el contrato marco firmado entre esta entidad y Chapman Freeborn. Dicha

cantidad ha sido abonada por el Ministerio de Defensa a los familiares que se habían acogido a dicho pago, subrogándose en sus derechos en las cuantías anticipadas, sin que, de acuerdo con la documentación recabada, hayan sido recuperadas por la Administración (pues no consta que la reclamación amistosa frente a NAMSA cuya activación recomendaba la Abogacía General del Estado haya dado este fruto, ni ha prosperado la demanda dirigida por dicha agencia con el compromiso de retornar las cantidades al Estado español, contra Chapman Freeborn, al haber negado el 29 de enero de 2008 la legitimación activa de la demandante el Tribunal Arbitral constituido *ad hoc*, con sede en París).

- El 10 de noviembre de 2004 se publicó en el BOE el Real Decreto-ley 8/2004, de 5 de noviembre, sobre las indemnizaciones a los participantes en operaciones de paz y seguridad. En él se establece un sistema de indemnizaciones cuando se produzca la muerte o daños físicos o psíquicos a los ciudadanos españoles relacionados en el artículo 2 (entre ellos, los militares), con motivo de su participación en una operación de mantenimiento de la paz, de asistencia humanitaria o en otras de carácter internacional que hayan sido aprobadas específicamente por el Gobierno a estos efectos. Las indemnizaciones previstas en esta norma, que tienen carácter extraordinario y se conceden por una sola vez, sin implicar en ningún caso la asunción de responsabilidad por el Estado, ascienden a 140.000 euros en caso de fallecimiento, fijándose el orden de prelación entre los distintos familiares beneficiarios en el artículo 5.

En el preámbulo del real decreto-ley, se destaca el crecimiento sensible de la presencia internacional de España en las últimas décadas, lo que “se ha traducido en un notable incremento de la presencia de españoles que prestan sus servicios fuera del territorio nacional, en especial en operaciones de paz y seguridad internacionales, asistencia humanitaria o en otras misiones oficiales de representación o de servicio exterior del Estado que se ven expuestos a situaciones de peligro”. Continúa señalando el preámbulo que “la generosa aportación a la paz de todos los participantes en este tipo de misiones ha tenido un luctuoso resultado en pérdida de vidas humanas, que se traduce, actualmente, en más de un centenar de

fallecidos”, considerándose “especialmente doloroso” el accidente del Yak-42 en el que murieron sesenta y dos militares españoles, “sin que tal siniestro estuviese cubierto por un seguro que, lamentablemente, se contrató pero que no era efectivo”. Evitar que pueda volver a repetirse una situación como la que subyace en el asunto remitido en consulta es el objetivo que justifica, según la parte expositiva, la regulación con urgencia de las indemnizaciones que deben corresponder en estos casos, sin perjuicio del reconocimiento con carácter retroactivo de indemnizaciones como consecuencia del fallecimiento y gran invalidez de las personas que se relacionan en la norma (entre las que se encuentran las víctimas del accidente del Yak-42).

Por consiguiente, tuvo lugar la aplicación retroactiva de este real decreto-ley a los familiares de las víctimas de siniestro aéreo ocurrido el 26 de mayo de 2003, identificados en la disposición adicional tercera.

- La concesión a título póstumo de la Medalla al Mérito Ciudadano en su categoría de plata, otorgada por la Comunidad de Madrid a veintiuno de los militares fallecidos ha conllevado una prestación económica única de 30.000 euros.
- Y, finalmente, la declaración en vía civil de la responsabilidad extracontractual solidaria de UM Air y Chapman Freeborn en la producción del accidente ha supuesto la condena a estas entidades al pago de las indemnizaciones fijadas en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zaragoza de 11 de marzo de 2010, incrementadas en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza el 22 de noviembre siguiente en el caso de los familiares de Brigada don Juan José Bonel Suárez. Como se ha puesto de manifiesto en antecedentes, los criterios generales seguidos en la cuantificación de las indemnizaciones reconocidas fueron los siguientes:
 - Se indemnizaba con 60.000 euros a la viuda o pareja de hecho.
 - Los hijos percibían 30.500 euros cada uno, cifra que se elevaba a 31.000 en el caso de hijo único.

- De concurrir con los anteriores, se reconocía a cada padre la cantidad de 8.500 euros. Esta suma se incrementaba a 9.000 euros si los padres concurrían exclusivamente con la viuda o pareja de hecho.
- En ausencia de viuda, pareja de hecho e hijos, la indemnización reconocida a cada padre ascendía a 30.500 euros (o 61.000 euros en el caso de un solo progenitor).
- La indemnización a favor de los hermanos se fijaba en 3.000 euros.

Los cuadros incorporados al expediente en marzo de 2015, resultan de enorme utilidad para comprobar cómo han operado las distintas vías de resarcimiento y cuáles han sido sus resultados. Aun dejando al margen las cantidades abonadas por las Asociaciones Mutuas Benéficas del Ejército de Tierra y del Aire, por el ISFAS y por el plan social del Ejército del Aire, por la escasa cuantía de las mismas, así como la prestación económica derivada de la concesión de la Medalla al Mérito Ciudadano en su categoría de plata, otorgada por la Comunidad de Madrid, a falta de la identificación en el expediente de sus concretos beneficiarios, la información reflejada en dichos cuadros (fruto de la recopilación de los datos obrantes en el procedimiento) pone de relieve que son absolutamente aislados los casos de reclamantes que no se han beneficiado de ninguno de los mecanismos enumerados, dentro del total de doscientos noventa y un peticionarios que iniciaron los expedientes de responsabilidad patrimonial acumulados.

Tales casos no comprenden a ninguno de los cónyuges, hijos o padres de los militares difuntos, todos los cuales han tenido acceso, al menos, a uno –y en muchos casos a varios- de los resarcimientos señalados. Entre los solicitantes no indemnizados por vía alguna, se incluyen familiares más remotos en grado (tías o abuelos), así otros reclamantes en circunstancias excepcionales: doña Esther García García, cuya alegada unión de hecho con don Javier Gómez de la Mano no quedó probada en la causa civil ni lo ha sido en el presente expediente; doña M. Ángeles Sencianes Menor, hermanastra de don José Manuel Sencianes López, cuya pretensión también fue desestimada en vía civil, al haber sido acreditada la mala relación de la víctima con el padre

de ambos; y doña Noelia García Díaz, hermana de don David García Díaz, la cual desistió de la demanda civil, como el resto de familiares de este Soldado.

Aun cuando la pérdida de una vida humana siempre es irreemplazable, sí cabe dejar constancia, desde una óptica general, del importante despliegue resarcitorio derivado de los distintos mecanismos que han operado en el presente caso, que han permitido el abono de cantidades a cónyuges o parejas de hecho, hijos, padres, incluso hermanos, acordes o por encima del sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, al que acude el Consejo de Estado en muchas ocasiones de forma orientativa para la determinación de la cuantía indemnizatoria.

En este sentido, dentro del vínculo de sujeción especial que unía a los militares fallecidos con la Administración, además de operar a favor de los familiares la protección de clases pasivas y la derivada de los seguros (tanto el contratado por el Ministerio de Defensa como el que debió suscribirse al amparo del acuerdo de ventas con NAMSA y el contrato marco de esta agencia con Chapman Freeborn), se articuló una vía adicional específica a través del Real Decreto-ley 8/2004, de 5 de noviembre, sobre las indemnizaciones a los participantes en operaciones de paz y seguridad. Y, al margen de dicho vínculo, la declaración de la responsabilidad civil de UM Air y Chapman Freeborn ha tenido como consecuencia el resarcimiento de los mismos daños y perjuicios que ahora se aducen frente a la Administración.

Desde esta perspectiva, no cabe respaldar los razonamientos esgrimidos por algunos reclamantes acerca de la compatibilidad de las indemnizaciones percibidas con la solicitada con fundamento en la responsabilidad patrimonial de la Administración, con vistas a justificar esta última. Y ello por cuanto, sean o no compatibles, lo cierto es que a la aplicación de los regímenes específicos –y, en este caso, a la condena de las entidades civilmente responsables- no puede sumarse una indemnización por

responsabilidad patrimonial de la Administración si con ello se excede, como es el caso, la reparación adecuada de los daños y perjuicios ocasionados.

En definitiva, sin descender –por las razones indicadas- al análisis particularizado de cada pretensión, resulta oponible, con carácter general, el abono por distintas vías a los miembros del núcleo familiar próximo de los militares difuntos, de sumas monetarias aptas para reparar los mismos daños y perjuicios ligados al fallecimiento de los respectivos seres queridos que son aducidos en este expediente.

III. B) Sobre los errores en la identificación de los cadáveres.

Como ha sido señalado, es preciso otorgar un tratamiento específico a la actuación posterior del Ministerio de Defensa en la identificación de los cadáveres, con vistas a dilucidar si tal actuación ha podido generar por sí misma un perjuicio indemnizable al amparo del régimen de responsabilidad patrimonial. A este respecto, debe tenerse en cuenta que tales errores han sido aducidos en varias solicitudes indemnizatorias como fuente de responsabilidad patrimonial de la Administración (siendo don Rafael y don Miguel Ángel Sencianes López, hermanos de Sargento Primero don José Manuel Sencianes López, los únicos que han renunciado expresamente a ser indemnizados por este concepto, aunque lo cierto es que este título de imputación no ha sido invocado ya en el último trámite de audiencia celebrado durante los meses de abril y mayo de 2016 por los interesados que han participado en él).

El punto de partida en el análisis de esta cuestión ha de ser el procedimiento abreviado 295/04. Dicho procedimiento concluyó en virtud de Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 16 de mayo de 2009, por la que los tres comisionados por el Ministerio de Defensa para acudir al lugar del siniestro, identificar los cadáveres y repatriarlos fueron condenados (uno como autor y los otros dos como cómplices) por delito de falsedad en documento oficial, cometido por funcionarios públicos. En el relato de hechos

probados de dicha resolución judicial se exponía cómo se asignaron identidades de forma aleatoria a los treinta cadáveres cuya identificación, debido a su estado, no fue posible mediante el examen visual y la deducción. Por estos hechos, además de la condena penal a los criminalmente responsables, se declaró la responsabilidad civil derivada de delito, fijándose como cuantía única la de 10.000 euros, que se abonaría a los herederos de los fallecidos falsamente identificados para su reparto por partes iguales. Se llama la atención sobre el hecho de que el Tribunal enjuiciador, pese a reconocer que aquellas familias “cuyos parientes estaban correctamente identificados han sufrido cierta zozobra, inquietud o desazón al enterarse de que había identificaciones erróneas”, descartó establecer indemnización a favor de las mismas, pues el daño que habían sufrido no derivaba del hecho ilícito. Finalmente, se consideraba “manifiesta en el caso presente” la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, conforme al artículo 121 del Código Penal.

Dispone el primer párrafo del artículo 121 del Código Penal:

“El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.”

Como señala la Memoria del Consejo de Estado de 1999 en su exégesis del precepto transcrito, éste “mantiene el carácter subsidiario de la responsabilidad, pero sin perjuicio de la derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, exigible conforme a las normas del

procedimiento administrativo, con lo que deja al perjudicado la opción de exigir la responsabilidad de la Administración en el proceso penal –con carácter subsidiario- o bien en vía administrativa –con carácter directo-. Las posibles consecuencias de la dualidad de órdenes jurisdiccionales intervinientes –añade la citada memoria- vienen limitadas por el inciso final del párrafo primero del artículo 121: *“sin que, en ningún caso, pueda darse duplicidad indemnizatoria”*, de modo que la indemnización reconocida en vía penal se tome en consideración para evitar un enriquecimiento injusto.

En el asunto sometido a consulta, el razonamiento indicado conduce a la desestimación de la pretensión indemnizatoria fundada en los errores cometidos en la identificación, constitutivos de un delito de falsedad en documento oficial por funcionarios públicos. Han quedado delimitados en sede penal tanto los perjudicados de la acción criminal (las familias de los militares cuyos cadáveres fueron aleatoriamente identificados) como la cuantía resarcitoria por el daño moral derivado de la prolongación del “duelo complicado” como consecuencia de las falsas atribuciones de identidad (10.000 euros en cada uno de los casos). Asimismo, a raíz de la devolución del expediente por el Consejo de Estado, se ha dejado constancia en el expediente del pago de dicha cantidad por el condenado como autor del delito.

Con el abono de esta suma, cuya eventual insuficiencia no ha sido probada –ni siquiera aducida- en los trámites de audiencia celebrados con posterioridad a la terminación de la causa judicial, puede tenerse por resarcido el concreto daño moral sufrido por las familias víctimas de la incorrecta identificación de los cadáveres. En otras palabras, aun cuando la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración no excluye *per se* la derivada del funcionamiento de los servicios públicos, entra en juego en el asunto examinado el límite que articula la compatibilidad entre ambos sistemas, en la medida en que el reconocimiento de una indemnización adicional por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración generaría la duplicidad vedada por el artículo 121 del Código Penal.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

Que procede desestimar las reclamaciones sometidas a consulta”.

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 20 de octubre de 2016

LA SECRETARIA GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. MINISTRO DE DEFENSA.