

Tribunal Supremo

(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) Sentencia de 23 diciembre 1998

[RJ\1998\10381](#)



RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA: alcance: participación en sorteo de Lotería Primitiva al no entrar en el sorteo un boleto depositado por el reclamante; inaplicación de responsabilidad patrimonial por tener a juicio del recurrente, Abogado del Estado, naturaleza contractual, no extracontractual: improcedencia: al excluir las normas que regulan el funcionamiento de tal Lotería cualquier relación contractual entre el apostante y la Administración u Organismo de Loterías; Existencia en principio de responsabilidad patrimonial de la Administración u Organismo de Loterías toda vez que ninguno de los preceptos o normas que reglamentan el juego, la excluyen por el hecho de que la citada actividad administrativa ocasionadora del perjuicio, esté reglamentada; Lotería Primitiva: organización y juego: naturaleza de servicio público a estos efectos, homologando la jurisprudencia a los fines del art. 106.2 CE, como servicio público toda actuación, gestión o actividad, o tareas propias de la función administrativa que se ejercen, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo; Naturaleza de servicio público al estar encuadrada en la Organización Nacional de Loterías y Apuestas del Estado sometido a la Ley de Entidades Estatales Autónomas y por ende enmarcado dentro de la esfera de la actividad administrativa del Estado que gestiona en exclusividad el juego de Loterías, bien directamente, o indirectamente, a través de despachos de géneros estancos, o auxiliares de aquél, estructurado por Delegaciones Provinciales, que de alguna forma, si no en plenitud, sí al menos parcialmente participa de la idea de la Administración como gestora de una actividad pública. Participación en sorteo de Lotería Primitiva: al no entrar en el sorteo el boleto depositado por el reclamante, quien obtiene el boleto, rellena la combinación, abona el precio de la apuesta y lo entrega al depositario nombrado por la Administración quien lo sella por lo que cumple todos los requisitos a él exigibles: no cabe imputar la responsabilidad al Organo o establecimiento receptor de las apuestas excluyendo la de la Administración, al ser aquél un instrumento de ésta, cuyos actos que plasman una función administrativa por ser fruto de la potestad administrativa, son como si emanaran directamente de los órganos estatales, por lo que no resulta incidido el nexo causal por la intervención del despacho auxiliar receptor del boleto; Nexo causal: existencia; Daño individualizado en relación a una persona o grupo de personas: lesión patrimonial en sentido jurídico para el recurrente. JUEGO: Loterías y Rifas: billetes: pérdida o deterioro: efectos; Administración de Loterías y Rifas.

Jurisdicción: Contencioso-Administrativa

Recurso de Casación 5717/1994

Ponente: Excmo Sr. Francisco José Hernando Santiago

Es recurso de casación interpuesto por el Sr. Abogado del Estado en la representación que le es propia contra Sentencia dictada en 29-6-1998 por la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en pleito sobre responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de la pérdida de un boleto de Lotería Primitiva extraviado en el seno de la Administración y que posteriormente debería haber sido resultado premiado.

El TS **declara no haber lugar** al recurso de casación.

Recurso de Casación Núm.: 5717/1994

Votación: 17/12/98

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco José Hernando Santiago

Secretaría: Sr./Sra. Fernández de Arévalo y Delgado

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Sexta

Excmos. Sres.:

D. Francisco José Hernando Santiago (Presidente)

D. Pedro Antonio Mateos García

D. Juan Antonio Xiol Ríos

D. Jesús Ernesto Peces Morate

D. Francisco González Navarro

D. José Manuel Sieira Míguez

D. Juan José González Rivas

En la Villa de Madrid, a veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida en Sección por los señores al margen anotados, el Recurso de Casación que con el número 5717/1994, ante la misma pende de resolución. Interpuesto por el señor Abogado del Estado en la representación y defensa que por ley ostenta, contra la Sentencia pronunciada con fecha 29 junio 1998 por la Sección Octava de la Sala de esta Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia, en su Pleito núm. 880/1992. Sobre responsabilidad patrimonial del Estado. Siendo parte recurrida don José M. M.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. -La sentencia recurrida contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente:

FALLAMOS:

«Que **estimando** el presente recurso contencioso- administrativo interpuesto por el Procurador don Francisco de Guinea y Gauna, en nombre y representación de don José M. M., contra la Resolución del Subsecretario de Economía y Hacienda, por delegación del Ministro, de 11 diciembre 1989, que agotó la vía administrativa, la anulamos por no ser conforme al ordenamiento jurídico en cuanto rechazó la pretensión del actor fundada en la responsabilidad patrimonial de la Administración, y declaramos el derecho del mismo a ser indemnizado en tal concepto por el Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado en la tercera parte de la cantidad fijada para premiar aciertos de la primera categoría en el sorteo de la Lotería Primitiva número 14 de 1989, celebrado el día seis de abril del mismo año. Sin costas».

SEGUNDO. -Notificada la anterior sentencia la representación procesal de la Administración General del Estado, presentó escrito ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección Octava, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, preparando recurso de casación contra la misma. Por Providencia de fecha 19 julio 1994, la citada Sala tuvo por preparado en tiempo y forma recurso de casación, admitiéndolo y emplazando a las partes para que comparezcan ante el Tribunal Supremo.

TERCERO. -Recibidos los autos en este Tribunal, se dio traslado de los mismos por plazo de treinta días al señor Abogado del Estado en nombre y representación de la Administración, para que manifieste si sostiene o no el recurso preparado y, en caso afirmativo, formule escrito de

interposición dentro del plazo legal, evacuando el traslado conferido mediante escrito, en el que después de alegar cuanto estimó pertinente en apoyo de sus pretensiones, terminó suplicando a la Sala dicte en su día sentencia por la que se declare haber lugar al recurso, casando y dejando sin ningún efecto ni vigor la sentencia recurrida, y restableciendo en la integridad de sus efectos jurídicos las resoluciones administrativas que la misma dejó sin efecto.

CUARTO. -Teniendo por interpuesto recurso de casación por esta Sala, se emplaza a la representación procesal de don José M. M., parte recurrida, para que en el plazo de treinta días, formalice escrito de oposición.

QUINTO. -Por el Procurador don Francisco de Guinea y Gauna en representación de don José M. M. se evacua el traslado conferido para oposición, mediante escrito en el que después de alegar cuanto consideró pertinente, terminó suplicando a la Sala dicte sentencia desestimando el recurso y confirmando la sentencia recurrida, con imposición de costas al recurrente.

SEXTO. -Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día **diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y ocho**, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Francisco José Hernando Santiago**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

Constituye objeto del presente recurso de casación ordinario, la impugnación por el señor Abogado del Estado de la Sentencia dictada con fecha 29 junio 1994 por la Sala de esta Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, -Sección Octava-, que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Don José M. M., contra la Resolución de la Subsecretaría de Economía y Hacienda, por delegación del Excmo. Sr. Ministro, de 11 diciembre 1989, que agota la vía administrativa en alzada promovida contra la también resolución del Director General del Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado en 21 junio 1991, que rechazó la pretensión del actor, fundada en la responsabilidad de la Administración, a ser indemnizado, en tal concepto por el Organismo citado, en la tercera parte de la cantidad fijada para premiar los aciertos de la primera categoría en el sorteo de la Lotería Primitiva núm. 14 de 1989, celebrado el día 6 de abril del indicado año. La sentencia impugnada, estima el recurso después de rechazar las objeciones formales aducidas por el señor Abogado del Estado, por considerar, en primer término, que nos encontramos en el ámbito de una responsabilidad extracontractual y que tal responsabilidad se predica de la Administración en su amplio concepto de **servicio público** identificado, como «gestión administrativa en general», «giro o tráfico administrativo», etc., criterio amplísimo que no permite olvidar que en la noción del **servicio público** subyace la idea de satisfacción de necesidades de interés general para la sociedad, concepto este que si difícilmente conciliable con la Lotería Primitiva, no empece para que por ello pueda soslayarse la pretensión ejercitada puesto que aun cuando no se ha originado en el ámbito del **servicio público** sino en la contribución que la Lotería aporta para coadyuvar a la satisfacción de los intereses generales que la sociedad demanda, objeto y finalidad de los más específicos **servicios públicos**, está, por consiguiente, tal entidad estatal autónoma incluida en la amplia rúbrica de Administraciones **Públicas** y responsable patrimonialmente por su actividad, y siendo ello así, el hecho de que no entrase en sorteo el boleto, depositado por el recurrente en el Despacho Auxiliar -o establecimiento receptor- de dicho Organismo número 14580 de Arenys de Mar para tomar parte en el citado sorteo número 14 del día 6 de abril de 1989, está relacionado directamente con un funcionamiento anormal del **servicio** suficientemente perfeccionado para evitar contingencias como la producida, que ha generado una lesión patrimonial en el interesado que no tiene la obligación de soportar, estimando por tales razones la demanda interpuesta.

SEGUNDO.-

El Señor Abogado del Estado, interpone recurso de casación en base a un único motivo articulado por el cauce procesal del artículo 95.1.4 de la Ley de esta Jurisdicción ([RCL 1956\1890](#) y NDL 18435), por entender que la sentencia combatida infringe la ley por aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa ([RCL 1954\1848](#)

y NDL 12531), así como, el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado ([RCL 1957\1058](#), 1178 y NDL 25852) -vigente a la sazón al tiempo de los hechos- y de la Jurisprudencia dictada por este Tribunal en aplicación de los mismos, que se dice que en el desarrollo del motivo se especificará y luego no se efectúa, teniendo este motivo único diferentes argumentos y cuestiones a las que es necesario dar respuesta por separado.

TERCERO.-

El primer aspecto, o materia, que se cuestiona, radica en que a juicio del señor Abogado del Estado la sentencia combatida aplica indebidamente los preceptos reguladores de la responsabilidad extracontractual de la Administración porque lo hace con respecto a una situación que por razón de sus propias características no resulta susceptible de la misma, pues la propia sentencia atribuye a la relación establecida por la participación en el sorteo de un indudable carácter contractual cuando en el octavo de los fundamentos de derecho literalmente se refiere a «la relación contractual que se crea entre la Administración y el apostante». Mas con independencia de la imprecisión de la cita, toda vez que la sentencia no califica a la relación de «contractual» sino de «cuasi contractual», -al examinar el carácter no antijurídico del perjuicio sufrido-, pues el quebranto patrimonial sólo resulta indemnizable si quien lo padece no está obligado a soportarlo, con mención a que las previsiones de las normas pudieran ser bastantes para rechazar la petición de pago de un premio dentro de «la relación cuasi contractual que se crea...» no lo son en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando surge sin interferencia alguna en el nexo causal conducta imputable al administrado, toda vez que ninguno de los preceptos de las normas, o reglamento del juego «la excluyen» por razón de que la actividad administrativa ocasionadora del perjuicio esté reglamentada, sin que ello, aun comportando una dificultad de apreciación la impida en el ámbito de la responsabilidad patrimonial por el mero hecho de que esté reglamentada. Es más, en las normas que regulan el funcionamiento de la Lotería Primitiva, bien claramente se recoge expresamente en la Norma 1.^a, sobre ámbito de aplicación, «...sin que éstas supongan se concierte contrato alguno entre los concursantes, ni entre éstos y el Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado, quedando limitada la actividad de quienes participan a pagar el importe correspondiente y entregar o remitir sus pronósticos en la forma establecida por estas normas», luego si la propia normativa excluye cualquier relación contractual entre apostante y Administración u Organismo de Loterías, la especificación o referencia que la sentencia realiza a una relación cuasi contractual no constituye una incongruencia en el razonar de la sentencia combatida, por cuanto coherentemente con la normativa expresamente establecida al efecto, le han conducido a desestimar el primer aspecto de la demanda y la pretensión del actor de declarar anulable la exclusión del boleto en el sorteo celebrado en virtud, expresamente, de la normativa reguladora del juego, pero esta justificación para hacer desestimable ese primer aspecto de la pretensión no es válida a juicio de la Sala de instancia, que esta Sala comparte, para por aplicación de dicha específica normativa, y sin más, hacer desestimable la pretensión desde la contemplación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues siendo ésta predicable por el normal, o anormal funcionamiento de los **servicios públicos**, aun siendo la conducta administrativa normal, por resultar acomodada a las disposiciones reglamentarias, puede generar una responsabilidad de tal naturaleza, lo que hace desestimable este primer aspecto del motivo examinado.

CUARTO.-

En el apartado B) del motivo de casación se arguye por razones que, a juicio de la parte recurrente en casación, aconsejan apreciar la infracción de ley apuntada, las siguientes que sintetizadas se exponen: a) La organización y juego de la Lotería Primitiva no es un **servicio público** de la Administración. b) Porque de existir responsabilidad, ésta sería imputable al establecimiento receptor del boleto. Y c) Porque no se ha producido una lesión jurídica patrimonial al apostante.

La jurisprudencia de este Tribunal ha venido identificando que la responsabilidad de la Administración se produce como consecuencia del ejercicio de cualquier función administrativa que determina un daño no directamente procurado, extendiéndose dicha responsabilidad a todas las formas de acción u omisión administrativa que impliquen una lesión individualizada, tanto en la esfera personal como patrimonial del lesionado, de los contenidos económicos de éste; lesión que constituye un perjuicio antijurídico, no por la forma de producirse, sino en sí mismo, el cual, el titular del bien, o derecho, no tiene el deber jurídico de soportar, aunque el funcionario que lo ocasione obre con toda licitud (Sentencia de esta Sala Tercera de 16 diciembre 1994 [[RJ 1994\10047](#)]), así como,

que a los fines del artículo 106.2 de la Constitución ([RCL 1978\2836](#) y ApNDL 2875) la jurisprudencia ha homologado «como **servicio público** toda actuación, gestión o actividad, o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo» (Sentencias de 5 junio 1989 [[RJ 1989\4338](#)] y 22 marzo 1995 [[RJ 1995\1986](#)]). En razón de tal doctrina jurisprudencial no puede predicarse, cual se postula por el señor Abogado del Estado, que la organización y gestión del Juego de la Lotería Primitiva no sea un **servicio público** a los fines de la responsabilidad patrimonial exigible por su normal, o anormal, funcionamiento, por cuanto, con independencia de lo recogido en la sentencia combatida, en orden a la satisfacción de un interés colectivo de carácter lúdico y remunerativo, es lo cierto, además, que la ONLAE (Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado) es un Organismo Autónomo sometido a la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 diciembre 1958 ([RCL 1958\2073](#); RCL 1959\12 y NDL 22828), cuyo artículo 6º.1.º exige su creación por ley que, en lo que al citado Organismo respecta, fue creado por la Ley 50/1984 de 30 diciembre ([RCL 1984\2965](#) y RCL 1985\1830), de Presupuestos Generales del Estado para 1985 (artículo 87.5) que suprimió el Patronato de Apuestas Mutuas Deportivas Benéficas [artículo 85. 4, j)] y lo integra en la ONLAE mediante el Real Decreto 904/1985, de 11 junio ([RCL 1985\1464](#), 1640 y ApNDL 8482), y por ende, enmarcado dentro de la esfera de la actividad administrativa del Estado, que gestiona en régimen de exclusividad el juego de lotería, bien directamente, o indirectamente, a través de despachos de géneros estancos, o auxiliares de aquél, estructurado en Delegaciones Provinciales, que de alguna forma, si no en plenitud, sí al menos, parcialmente, participa de la idea de Administración como gestora de una actividad **pública** que satisface una demanda social acuciada, como lo pone de relieve el gran número de ciudadanos que concurren de forma semanal, y extraordinariamente, en los diferentes sorteos a lo largo del año, todo ello sin olvidar la fuente de ingresos que para el Estado supone tal actividad que ingresa en las arcas del Estado y de cuyo montante se dispone para satisfacer otras demandas sociales presupuestariamente consignadas anualmente, por cuyas razones ha de entenderse que la actividad de loterías que el Estado efectúa, es un **servicio público** en el concepto que a los fines aquí examinados se requiere, debiendo pues rechazarse la tesis contraria sustentada por el Sr. Abogado del Estado.

QUINTO.-

La segunda cuestión suscitada en el motivo en el sentido que, de existir responsabilidad, está sería sólo imputable al Organismo o establecimiento receptor de las apuestas, ello resulta indiferente en orden al problema que examinamos, pues con independencia de que no se ha podido precisar cuándo, cómo, dónde y por quién se extravió el boleto de apuestas posteriormente anulado, siendo cierto, -hecho que no se pone en duda por la Administración-, que el boleto quedó depositado en momento anterior al sorteo en el establecimiento receptor número 14580, sito en Arenys de Mar (Barcelona), como lo prueba la circunstancia de que el actor jugase dos boletos de dos apuestas cada uno y que llevaron los sellos correlativos de identificación adheridos a los mismos, así como que la propia Administración reconoce que, por razón del extravío, se tuvo que anular el boleto que luego resultó premiado, o por mejor decir, cuyos números señalados con cruces resultaron coincidentes con el resultado del sorteo, hay que decir que el titular del establecimiento receptor no es otra cosa que un instrumento de la Administración, en el esquema organizativo de la Lotería, cuya cabeza visible es, además, un órgano de la Administración **Pública**, cuyos actos que plasman una función administrativa por ser fruto de la potestad administrativa (venta, recepción, sellado de boletos y envío de boletos apostantes), son como si emanaren directamente de los órganos estatales, con lo que se quiere indicar que el nexo causal no resulta incidido por la intervención del despacho auxiliar, pues los actos concretos que por éste se realizan, ajustándose o no a las prescripciones y normativas reguladas administrativamente por el Organismo Autónomo, han de entenderse realizadas por éste, del que aquél es un mero instrumento auxiliar, configurándose plenamente la relación causal generadora de la responsabilidad exigida, pues como ya dijera la Sentencia de esta Sala Tercera de 1 diciembre 1994, las obligaciones del apostante se limitan a obtener un boleto, rellenar la combinación, abonar el precio de las apuestas, o combinaciones jugadas y entregarlo al depositario nombrado por la Administración. «Aquí terminan sus obligaciones para concretar la apuesta y a partir de este momento es la Administración la que debe cumplir sus trámites siguientes de recogida y conservación de sus boletos, su clasificación o escrutinio, la separación de los Cuerpos B-1 y B-2, el microfilmado y remisión a las Oficinas Centrales bajo la custodia de la Junta Superior de Control, y si durante este camino la apuesta formulada se pierde o destruye, no será por culpa del

apostante sino por culpa o negligencia de la Administración o de las personas o agentes que obran en su nombre y por lo tanto nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de la misma conforme dispone el artículo 40 LJAE vigente cuando sucedieron los hechos y conforme establece el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa al decir que los daños que se causen o sean consecuencia de un funcionamiento anormal de la Administración del Estado darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, con lo cual, al estar acreditado en autos que como consecuencia de un funcionamiento anormal de los **servicios** de Loterías y Apuestas del Estado se ha causado a (...) un daño valorable económicamente (...) que hubiere percibido si la apuesta se hubiere formalizado por los **servicios** correspondientes».

Si la obligación del apostante se limita a lo inicialmente expuesto, siendo todo lo relatado posteriormente incumbencia de la Administración que debe soportar las consecuencias de un funcionamiento anormal de sus servicios no cabe, por último decir, -y con ello enlazamos con el último aspecto, o cuestión, del motivo examinado- que no existe lesión patrimonial en sentido jurídico para el recurrente en instancia, por cuanto tiene la obligación de soportar el daño producido por el resultado de aplicación de las normas reguladoras de la actividad, toda vez que aquí nos encontramos ante el hecho no cuestionado que el actor adquirió, rellenó, pagó y depositó el boleto en despacho auxiliar autorizado, no resultando atribuible a él cualquier incidencia posterior al cumplimiento de sus obligaciones estrictas que llevasen a la Administración a anular el boleto que perfectamente jugado, impidió que el mismo entrase en el Sorteo a celebrarse en la fecha para la que fue adquirido y jugado, debiendo quedar fijada la cuantificación de la lesión patrimonial sufrida en lo dejado de percibir si el boleto con la combinación ganadora hubiese participado en el sorteo celebrado y para el que fue depositado correctamente, esto es cual se efectúa por la sentencia combatida, la tercera parte de la cantidad fijada para premiar aciertos de la primera categoría en el sorteo de la Lotería Primitiva número 14 de 1989, celebrado el día seis de abril de mil novecientos ochenta y nueve, procediendo, en consecuencia, la desestimación del motivo en su integridad y con ella la declaración de no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el señor Abogado del Estado.

SEXTO.-

La declaración que efectuamos ha de conllevar la imposición de las costas causadas en el presente recurso de casación a la parte recurrente por disposición expresa de lo prevenido en el artículo 103.2 de la Ley de esta Jurisdicción.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el señor Abogado del Estado en la representación y defensa que por ley ostenta, contra la Sentencia pronunciada por la Sección Octava de la Sala de esta Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha 29 junio 1994, al conocer del recurso contencioso- administrativo deducido por don José M. M. y tramitado con el número 880/1992, cuya sentencia debemos confirmar y confirmamos declarándola firme y definitiva; todo ello con expresa imposición de costas a la parte recurrente por imperativo legal.

Así por esta nuestra sentencia firme, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION. -Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Francisco José Hernando Santiago en audiencia pública, celebrada en el mismo día de su fecha. Certifico