



**Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3
Málaga**

Procedimiento abreviado nº 179/2018

Magistrado: Óscar Pérez Corrales

Recurrente: [REDACTED] en representación de su hijo menor de edad [REDACTED]

Letrada y procuradora: Carolina López Jaúregui y M^a Dolores Fernández Pérez

Demandado: Ayuntamiento de Málaga, asistido y representado por Sergio Verdier Hernández, letrado municipal

Demandado 2: ZURICH ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, SA

Letrado y procuradora: Eduardo Fernández Donaire y Gracia Conejo Castro

Codemandado: EMPRESA MUNICIPAL DE AGUAS, SA

Letrada y procuradora: María Escalante Domínguez y M^a del Rocío Fenech Ramos

SENTENCIA Nº 313/19

En Málaga, a 26 de septiembre de 2019.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- El día 23-3-2018 se interpuso recurso contencioso administrativo frente a la resolución de 2-11-2017 dictada por el titular de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Málaga – por delegación de su alcalde -, desestimatoria de la reclamación formulada el día 28-10-2015 en concepto de responsabilidad patrimonial.





Tras subsanar defectos procedimentales se dictó decreto de admisión a trámite el día 9-4-2018, SEÑALÁNDOSE PARA LA CELEBRACIÓN DEL JUICIO EL DÍA 25-9-2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Es objeto de recurso c-a la resolución de 2-11-2017 dictada por el titular de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Málaga – por delegación de su alcalde -, desestimatoria de la reclamación formulada el día 28-10-2015 en concepto de responsabilidad patrimonial.

Ejercita el recurrente una pretensión de plena jurisdicción (art.31.2 LJCA) al pretender, además de la declaración de invalidez del acto, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada (indemnización por importe de 4884,32 €), la que suplica en su escrito de demanda tanto frente al Ayuntamiento demandado como frente a su aseguradora al ejercer la acción directa a la que habilita el art. 9.4 de la LOPJ a partir de la reforma operada por LO 19/2003.

2. Delimitado así el objeto de este recurso c-a, resulta que los hechos en cuya virtud reclama indemnización por daños corporales derivan de la caída que sufrió el menor el día 3-10-2015 al caer en un hueco absorbedor de aguas pluviales que carecía de rejilla y que estaba situado en una pista deportiva de fútbol de uso libre situada entre las [REDACTED]

3. Coinciden los demandados en la negación de la existencia de prueba de la realidad del accidente sufrido por el menor en el día y lugar que afirma su representante, llamando la atención sobre el hecho de que el testigo que declaró en el juicio ([REDACTED] cuñado de la recurrente) no hubiera sido propuesto en el seno del procedimiento administrativo.

Frente a ello cabe decir más allá de no saberse las razones de no haber propuesta la testifical en el curso del procedimiento administrativo, ello, en todo caso, no es obstáculo para articularla en sede judicial, como así se ha hecho. Declaró el testigo (que ya se ha advertido es cuñado de ella recurrente) que se encontraba con su hijo en una pista deportiva próxima cuando escuchó voces de niños que alertaban de la caída, acudiendo al lugar, donde vio al menor accidentado y el hueco del absorbedor, que afirma estaba en ese estado desde





hacía meses. Añadió que las fotografías aportadas – y que se le exhiben – fueron hechas por él y que el menor que aparece es su hijo. Además de ello – y por lo que tiene de interés como corroboración periférica de la versión de la parte recurrente –, procede hacer también referencia ahora al parte de asistencia médica de urgencia (f. 9), que se refiere a la atención médica al menor desde las 23.39 h. del día 3-10-2015, siendo el diagnóstico “traumatismo sin mecanismo definido a nivel de codo izquierdo tras caer en una alcantarilla”.

Desde luego, ya de entrada puede afirmarse que la versión de los hechos no llama la atención por ser extravagante, existiendo un elevado índice de credibilidad objetiva. Ésta exige que lo relatado por el testigo se presente como posible y explicable a la luz de todas las circunstancias espacio-temporales de producción de los hechos justiciables. En muchas ocasiones, la credibilidad del testigo que afirma haber presenciado el daño no puede basarse, por razones obvias, en su neutralidad, sino en la verosimilitud objetiva de su relato que encaja de manera adecuada con los hechos que constituyen el objeto del proceso y que, además, resulta compatible con el resultado que arrojan los otros medios de prueba que integran el llamado cuadro probatorio.

La suficiencia de la verdad procesal ha de fundarse no tanto en la regla de la certeza, entendida como reproducción exacta, sino en la de correspondencia aproximativa, esto es, que el hecho declarado probado se ajuste, desde la lógica de lo razonable, a la manera en que debió producirse el hecho histórico y, correlativamente, convierta a las otras hipótesis fácticas en liza en manifiestamente improbables, reduciéndolas a un grado de mera posibilidad fenomenológica escasa o irrelevante.

Por tanto, procede declarar probada en la forma afirmada por la parte recurrente la realidad del accidente así como la ausencia de tapa en el absorbedor.

SEGUNDO.- 1. A modo de marco normativo e ideológico básico del proceso de toma de decisión, es de recordar- aunque es conocido - por todas, STS, Sala 3ª, secc. 6ª, de 27-11-2015, rec. 2047/2014 – que es doctrina jurisprudencial reiteradísima que la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere conforme a lo establecido en el art. 139 ley 30/92: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea **consecuencia del funcionamiento normal o anormal - es indiferente la calificación -** de los





servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal; c) Ausencia de fuerza mayor; d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

Del planteamiento anterior destaco dos ideas que son fundamentales: la primera, que no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que solo tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa. La segunda, que la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la Administración exige la antijuridicidad del resultado o lesión siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

Parece afirmar el recurrente que un criterio de antijuridicidad lo constituye que la lesión se haya causado con infracción de cualquier norma. Sin embargo, recordemos la clásica STS, 3ª, Sec. 3ª, 10-10-1997 (rec. 608/1993), que nos ilustra diciendo:

El punto clave para la exigencia de la responsabilidad no está, pues, en la condición normal o anormal del actuar administrativo, sino en la lesión antijurídica sufrida por el afectado y que éste no tiene el deber jurídico de soportar, por lo que la antijuridicidad desaparece cuando concurre una causa justificativa que legitime el perjuicio, "un título que imponga al administrado la obligación de soportar la carga" -Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1979- o algún precepto legal que imponga al perjudicado el deber de sacrificarse por la sociedad -Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1979-.

2. Como es conocido, la prueba de la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento normal o anormal de un servicio público y el daño incumbe al reclamante, siendo también de destacar que la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, rechazando que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir, lo que supondría convertir a la Administración en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, siendo necesario, por el contrario y como ya he expresado, que esos daños sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la





Administración. (cfr., por todas, STS, 3ª, sec. 6ª, 15-6-2010, rec. 5028/2005, Pte: Herrero Pina, Octavio Juan).

Se trata, por tanto, de afirmar una responsabilidad objetiva de la administración (porque así lo ha decidido el legislador) que solo cederá cuando el administrado tenga la obligación legal de soportar el daño (pensemos en el pago de una sanción o de un impuesto o en la demolición de una vivienda decidida en el ejercicio de una potestad administrativa), **o cuando interfiera con su comportamiento en la relación de causalidad destruyéndola**, o cuando el estado de la ciencia no permitiera prever el riesgo, o cuando el riesgo inherente a la utilización del servicio público no haya rebasado los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. Es de recordar – y ocioso hacerlo tal vez por lo sobradamente conocido - que no se trata en el caso de convertir al ayuntamiento en una aseguradora universal, ni tampoco – cabe añadir - de crear un *espacio público sin aristas y forrado de algodón donde no sea posible el daño*.

TERCERO.- 1. Aplicar la doctrina anterior al supuesto de hecho planteado considero que permite afirmar, en primer lugar, que la prestación del servicio no superaba el estándar medio de suficiencia por cuanto que la falta de tapa en el absorbente de aguas pluviales en una pista deportiva es, de manera palmaria, expresiva de la anormalidad, encontrándose en adecuada relación de causalidad con el daño sufrido por el menor.

Pero, además, el daño es antijurídico, pues ninguna razón se observa para que el menor de trece años tuviera el deber de soportarlo. Es cierto, podrá decirse, que pudo haberse percatado de la existencia del agujero o que ya era conocido por él o que los padres debieron advertir del peligro. Sin embargo, ni consta el conocimiento previo del menor ni de los padres custodios, resultando únicamente la existencia de un menor de edad que realiza una actividad deportiva en una pista al aire libre, pista deportiva que puede ser utilizada por cualquier persona – menor o mayor de edad -, siendo precisamente la posibilidad de estar ante un espacio usado por menores para practicar deporte lo que exige mayor atención en el adecuado mantenimiento de ella seguridad.

Es cierto, y así podrá decirse, que también los padres han de cumplir funciones tutelares y de vigilancia, mas con independencia de que nada se alegado a tal fin, lógico será entender que ese deber de vigilancia deberá adecuarse a estándares





de normalidad (mayor exigencia cuanto menor sea la edad).

2. La estimación del recurso y la declaración de invalidez del acto recurrido, obliga a referirse a la cantidad reclamada, debiendo reconocerse el derecho de la recurrente a recibir la cantidad de 3135,38 € en que cifró su reclamación y que es admitida por los demandados con carácter subsidiario. La modificación de la cuantía realizada tanto en la demanda como la posterior en juicio no puede admitirse al integrar una desviación procesal que pugna con la esencia de la naturaleza revisora de esta jurisdicción.

3. Al ser parcial la estimación, no haré especial pronunciamiento sobre las costas de la instancia.

FALLO

ESTIMO parcialmente el recurso c-a interpuesto por [REDACTED] en representación de su hijo menor de edad [REDACTED] frente a la resolución de 2-11-2017 dictada por el titular de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Málaga – por delegación de su alcalde -, desestimatoria de la reclamación formulada el día 28-10-2015 en concepto de responsabilidad patrimonial, resolución que anulo declarando el derecho del recurrente a ser indemnizado por el Ayuntamiento de Málaga únicamente en la cantidad de 3153,78 €, que devengará el interés legal desde el día 28-10-2105 hasta la de esta sentencia (ambas cantidades, sumadas, devengarán el interés legal desde la fecha de notificación d ella sentencia hasta su pago).

Condeno a ZURICH, SA – solidariamente - al abono de la cantidad anterior.

Sin costas.

Es firme.

Así lo acuerda y firma Óscar Pérez Corrales, magistrado, lo que autorizo como letrada de la Administración de Justicia.

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."

