

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NUMERO 5

MÁLAGA

SENTENCIA Nº 45/2024

En Málaga a fecha de la firma digital.

Vistos por mí, D^a M^a del Carmen de Torres Extremera, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Málaga, los presentes autos de Procedimiento Abreviado, nº 425/2021 sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN; siendo partes, como demandante [REDACTED] [REDACTED] actuando en su propio nombre y representación y en nombre de sus hijos menores [REDACTED] ellos representados por el Procurador de los Tribunales SR. Olmedo Cheli y asistidos del Letrado Sr. Jurado Martin, frente al AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA representado por el Letrado Municipal, y como codemandada MAPFRE ESPAÑA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A representada por el Procurador de los Tribunales Sra. Vargas Torres y asistida de la Letrada Sra. Romero Bustamante.

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- Por el Procurador de los Tribunales Sr. Olmedo Cheli, en la representación referida, se interpuso demanda de recurso contencioso administrativo contra la desestimación por silencio administrativo de la reclamación patrimonial presentada por los recurrente, [REDACTED] en su propio nombre y en nombre de sus tres hijos, debido a la caída que su hijo menor [REDACTED] sufrió en las instalaciones de la Alcazaba el día 9 de octubre de 2018, , como consecuencia de ello, éste sufrió lesiones, cuya indemnización reclamada asciende a la



cantidad de 17.502,77 euros, a favor de los otros dos menores; [REDACTED] la cantidad de 5.592,32, a favor del menor [REDACTED] la cantidad 5.615,10 euros, y a favor de los padres de [REDACTED] la cantidad de 6.399,14 euros, correspondiente a los gastos de taxi, y de los profesionales que han intervenido en el proceso, así como el importe del viaje. Y todo ello, más los intereses legales que a la Compañía será los aplicados conforme al artículo 20 de la LCS, y con expresa imposición de las costas procesales a la Administración demandada.

Tras alegar los Hechos y los Fundamentos de Derecho, terminaba con la súplica por la que se estime el recurso interpuesto, y se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada y que indemnice a los recurrentes en la cantidad total de 35.109,33 euros.

El recurso contencioso administrativo fue ampliado a la Resolución de fecha 3 de marzo de 2023 por la que estimaba parcialmente la reclamación efectuada y cuantificaba la indemnización en la cantidad de 5.596,22 euros, correspondiente a principal e intereses legales devengados desde la interposición de la reclamación.

II.- Por Decreto de fecha 15 de marzo de 2023, tras ser turnadas las actuaciones a este Juzgado, se acordó la admisión a trámite del recurso presentado conforme a los trámites del procedimiento abreviado, mandando recabar el expediente administrativo. Recabado el expediente, se emplazó a la Administración demandada, así como a la Compañía Aseguradora MAPFRE S,A, señalándose día para la celebración del juicio, el cual tuvo lugar el día 15 de febrero de 2024.

III.- Llegado el día de la celebración de la vista, comparecieron todas las partes, ratificándose la actora en la demanda de recurso contencioso administrativo, oponiéndose la Letrada del Ayuntamiento y letrada de Mapfre, solicitando la estimación parcial del recurso, toda vez que la Administración ha asumido su responsabilidad patrimonial, si bien



el único punto controvertido, es el quantum indemnizatorio solicitado por los recurrentes, alegando la concurrencia de culpas, y en todo caso, se indemnice en la cantidad señalada en el informe pericial aportado por la Compañía aseguradora Mapfre SA. . El 3 de marzo de 2023 se dictó Resolución por el Ayuntamiento de Málaga admitiendo la responsabilidad patrimonial y conforme al Informe del Consejo Consultivo apreciar una concurrencia de culpas en un 50% de la cantidad resultante a la vista del informe pericial de la Compañía Aseguradora Mapfre SA, que cuantificó la indemnización en la cantidad de 10.187 euros, correspondiéndoles a los actores la cantidad de 5.596,22 euros.

IV.- Recibido el pleito a prueba, se admitió la prueba propuesta por las partes, y una vez practicada, cada una de las partes formularon sus conclusiones oralmente, quedando los autos conclusos para dictar sentencia.

V.- En la tramitación y sustanciación de las presentes se han seguido y observado las prevenciones legales en materia de procedimiento con inclusión del plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso contencioso-administrativo la Resolución de fecha 3 de marzo de 2023, por la que se estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial, reconociendo una indemnización de 5.596,22 euros correspondiente a los daños físicos, lesiones y secuelas, sufridas como consecuencia de la caída del menor [REDACTED] en la Alcazaba de Málaga.

Por su parte el Ayuntamiento de Málaga y la Compañía Aseguradora, alegan que la estimación parcial corresponde a la concurrencia de culpas, toda vez que los padres del



menor no tuvieron la diligencia debida., debiendo aplicarse una cuota de porcentaje del 50% así como, no abonar los gastos de hospedaje y vuelos, ya que estaban programados con anterioridad.

SEGUNDO.- En el supuesto de autos, se reconoce de forma parcial por el Ayuntamiento de Málaga su responsabilidad patrimonial, ante la concurrencia de culpa, debido a la culpa in vigilando de los padres del menor [REDACTED]

Como antecedente de los hechos, debemos de partir que el menor, [REDACTED] se encontraba con sus padres y sus dos hermanos también menores de edad visitando la Alcazaba de Málaga el día 9 de octubre de 2018, cuando el menor, se acercó a una d las barandillas de protección colándose por ella, y cayendo a una altura de 7 metros.

Que como consecuencia de ello, el menor se ocasionó lesiones de las que fue asistido en Urgencias del Hospital Materno Infantil, consistentes en politraumatismo, herid inciso contusa con grapas y herida inciso contusa en rodilla derecha.

En vía administrativa se ha reconocido una estimación parcial de la reclamación patrimonial interpuesta apreciando una concurrencia de causas en la generación del evento dañoso, cifrando en un 50% la responsabilidad de la Administración municipal.

Existe controversia en esa concurrencia d culpas, y en la no indemnización de los gastos reclamados.

TERCERO.- En relación a la responsabilidad patrimonial de la Administración, el régimen jurídico de la reclamación deducida por el actor está contenido en el art. 54 de la Ley 7/85 de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que establece la responsabilidad directa de las Entidades Locales por los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, el cual se remite a lo dispuesto en la legislación general sobre responsabilidad administrativa. La Ley 30/92, de 26 de noviembre, en sus artículos 139 a 146, que se hallaba vigente en la época del siniestro y de la presentación de la reclamación administrativa, introdujo algunas innovaciones en el régimen de la responsabilidad patrimonial de las



Administraciones Públicas, que halla en el artículo 106.2 de la Constitución un punto de referencia fundamental, y que había sido, con anterioridad, contemplada en los artículos 120 a 123 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Se trata de un sistema que consagra la responsabilidad de las Administraciones Públicas, en términos amplios y generosos, siendo sus principales características la de ser un sistema unitario (para todas las Administraciones) general (abarca a toda la actividad), de responsabilidad directa (cubre los daños de sus funcionarios, autoridades y personal laboral), de carácter objetivo, prescindiendo de la idea de culpa y adquiriendo la máxima importancia la relación de causalidad y que pretende una reparación integral.

La apreciación de esta responsabilidad exige la acreditación de los siguientes requisitos: 1º.- La realidad efectiva de una lesión patrimonial, daño o perjuicio en los bienes o derechos del perjudicado, evaluables económicamente, individualizados y no justificados, por no tener el reclamante el deber jurídico de soportarlos de acuerdo con la Ley.

2º.- Una actuación administrativa por acción u omisión, material o jurídica, en el marco de la prestación normal o anormal de un servicio público.

3º.- Una relación de causalidad directa e inmediata entre aquella y ésta, sin la intervención de factores externos que la alteren o eliminen, o de fuerza mayor legalmente excluyente; lo que significa, en principio, un nexo causal exclusivo, pero sin excluir la posibilidad de la concurrencia o injerencia de un tercero o del mismo perjudicado que con su conducta sirva para moderar o graduar la cuantía indemnizatoria, ni que por su entidad o valor determinante rompa por completo ese nexo eximiendo a la Administración de toda responsabilidad, como ocurre en los supuestos de fuerza mayor, contemplada por la Ley como causa de exoneración. Como resume el Alto Tribunal en Sentencias de 14 de julio y 15 de diciembre de 1986, 29 de mayo de 1987, 17 de febrero de 1989, para que nazca dicha responsabilidad era necesaria “una actividad administrativa (por acción u omisión material o jurídica), un resultado dañoso no justificado y relación de causa a efecto entre aquella y ésta, incumbiendo su prueba al que reclama; a la vez que es imputable a la Administración la



carga referente a la existencia de la fuerza mayor cuando se alegue como causa de exoneración” .

CUARTO-- En el supuesto de autos, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes considera que existe la lesión o daño corporal, debidamente acreditado en autos y que además es efectivo, evaluable económicamente e individualizado en la persona del menor [REDACTED]. Dicho daño es ilegítimo, no teniendo el reclamante el deber jurídico de soportarlo conforme a la Ley. Existe una actuación negligente por omisiva, traducida en la barandilla situada en la falda de la Alcazaba que la propia Administración justifica su posicionamiento y su estructura, mediante el informe emitido por el Departamento de Arquitectura y Conservación de la Gerencia Municipal de Urbanismo, Infraestructura y Obras del Ayuntamiento de Málaga, que consta en los folios 230-232 EA, debido a que la barandilla por donde se coló el menor y posterior precipitación, se encuentra en un entorno histórico de edificios monumentales, yacimientos arqueológicos, donde los elementos de seguridad se ven restringidos debido al impacto visual en el bien protegido, no obstante considera que dependiendo del uso del espacio debe realizarse una evaluación específica de los riesgos asociados al tipo de explotación que se plantee.

Se observa de las propias fotografías que se contienen en el atestado levantado por la Policía Local de Málaga, (folios 129 EA) que la barandilla se encuentra en un mirador de la Alcazaba, sin ningún tipo de protección, para impedir que el menor u otras persona turista, se hubiera colado por el interior de la misma al existir un hueco, lo que es evidente a simple vista de las fotografías, y así lo ratificó el agente que depuso en el acto del juicio, sin que se haya acreditado por parte del Ayuntamiento que existiera otra medida de aviso de peligro o precaución del espacio donde se ubica la barandilla, por lo que la responsabilidad patrimonial de la Administración del funcionamiento anormal de los servicio públicos es evidente y es asumido por la misma en el Decreto dictado.

Ahora bien, no solo es exigible a la Administración correspondiente la conservación en buen estado o la habilitación de los espacios monumentales o culturales, y de



establecimiento de medidas de seguridad, mediante la colocación los preceptivos carteles, sino también mediante la colocación de elementos de seguridad necesarios para que los viandantes, y en este caso, los turistas deambulen con tranquilidad por dichos espacios, responsabilidad que es asumida por el Ayuntamiento de Málaga, ahora bien, también debemos de apreciar en los viandantes o turistas en este caso, una cierta diligencia y respeto del entorno patrimonial, y en concreto, en el caso presente, una cierta diligencia de cuidado de los padres sobre el menor atendido el lugar por donde caminaban y el hueco existente en la barandilla, a tal efecto, el Tribunal Supremo (ST 27/11/95) señala ···, si bien la intervención de la propia víctima o terceros no exonera en términos generales de responsabilidad a la Administración actuante pues no rompe necesariamente el nexo causal, aun cuando si sirve para modular, matizar la responsabilidad de ésta produciendo una compensación en la indemnización, ello no es óbice para que tal actuación del perjudicado pueda dar lugar a la exoneración de la Administración cuando las causas ajenas a ésta, como ocurre en el supuesto de autos, son las realmente causantes del daño” .

Pues bien, no podemos achacar una culpa del menor, el cual, a esas edades, 6 años, no tiene conciencia del peligro, pero si, debemos de modular en cierta medida, la responsabilidad de la Administración, debido a que, los padres del menor, debieron ser precavidos, máxime cuando se deambula con menores, atendido el lugar visitado y la altura allí existente, así como las condiciones de la barandilla, donde fácilmente se podía colar un menor, como así ocurrió con [REDACTED] por lo que, se ha de apreciar una concurrencia de culpas, si bien, no en el porcentaje establecido por el Consejo Consultivo en su informe y que es asumido por el Ayuntamiento de Málaga, sino que se ha de establecer en un 20% dicha concurrencia de culpas de los padres del menor, y que afectará al quantum indemnizatorio, dado que la estructura de la barandilla carece de sistema de protección de caídas y en las inmediaciones no se alerta por el Ayuntamiento la precaución debida.

Por lo tanto se ha de declarar y así es asumida la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Málaga, entendiendo que se cumplen los requisitos exigidos para apreciar la misma conforme dispone la doctrina referida ante la existencia de nexo causal entre la



causa, y los daños sufridos por el menor. Si bien, esa responsabilidad como ya se adelantaba será modulada, por concurrencia de culpas en un 80% para la Administración y un 20% para los padres del menor como ya se ha expuesto.

QUINTO.- Respecto al quantum indemnizatorio reclamado por los recurrentes y que asciende a la cantidad total de 35.109,33 euros, desglosado en:

Para el menor [REDACTED] la cantidad de 17.502,77 correspondientes a 71 días de incapacidad temporal, de perjuicio particular moderado, y como secuelas, un síndrome postraumático grave, valorado en 10 puntos, y perjuicio estético ligero valorado en 3 puntos.

Para la menor [REDACTED] 71 días de perjuicio personal moderado y una secuela de síndrome por estrés postraumático grave valorado en 2 puntos, con un total de 5.592,32 euros.

Para el menor [REDACTED] 71 días de perjuicio personal moderado, y 2 puntos de secuela por síndrome por estrés postraumático grave, en la cantidad de 5.615,10 euros.

Igualmente a favor de los [REDACTED] se solicita el importe por los gastos del vuelo de ida a Málaga y vuelta a Alemania, gastos del hotel,, gastos de taxis , de otorgamiento de poder , apostilla y gestor, gastos de traducción y gastos de Letrado por importe de 6.399,14 euros.

Los recurrentes basan su petición indemnizatoria conforme a la carga de la prueba del artículo 217 de la LEC; en los documentos que acompañan a su demanda, consistentes en el informe de urgencia del Hospital Materno Infantil de Málaga, informe de un pediatra alemán, así como en la aportación de distintas facturas billetes de vuelo, hospedaje etc...

Por el contrario por parte del Ayuntamiento de Málaga y que consta en el expediente administrativo se aportó a instancia de la Compañía Aseguradora Mapfre un informe pericial emitido por la [REDACTED] la cual compareció al acto de la vista y ratificó. En dicho informe se contempla que, el menor [REDACTED] estuvo 70 días de perjuicio



considerando que 1 día lo fue por pérdida temporal de la calidad de vida en grado grave, 7 días por pérdida temporal de la calidad de vida en grado moderado y 62 días por perjuicio personal básico, apreciándole 3 puntos de secuelas funcionales, y 1 punto de perjuicio estético leve.

Por su parte a los otros dos menores se les aprecia por la perito, 70 días de perjuicio personal básico, sin observar secuela alguna. Ascendiendo el importe en 10.187 euros.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo tiene declarado que tanto la elaborada por peritos designados por las partes como la que procede del perito designado judicialmente tienen el carácter de auténtica prueba pericial, que debe en consecuencia valorarse en todos los casos con arreglo a las reglas de la «sana crítica, y se ha de dar más valor a aquel informe o prueba que resulte más fiable, contenido, prestigio de su autor, claridad o por cualquier otra razón. También, en cuanto a la valoración de la prueba, el Tribunal Supremo tiene establecido que la prueba pericial «de parte» es válida y puede valorarse aun cuando no haya sido objeto de ratificación o explicación por su autor. Pues bien, no hay lugar a duda, que conforme a las reglas de la sana crítica, existe más fiabilidad técnica, en el informe emitido por la perito propuesta por la Compañía Aseguradora y que fue detenidamente explicado por su autora en el acto del juicio. Efectivamente, y acorde con la documentación aportada por los propios recurrentes, no se infiere que el menor Fiunn, estuviera incapacitado para sus ocupaciones habituales, durante los 71 días que considera la demanda, pues solo consta un informe de un pediatra alemán (folio 93 EA) que indica que el menor se cayó y sufrió lesiones, sin apreciarse daños corporales salvo dos pequeñas cicatrices en la rodilla y cabeza. Lo que no acredita que el menor no pudiera realizar durante el tiempo indicado en la demanda, (71 días) su vida diaria. Igualmente tampoco se justifica el grado tan elevado apreciado en la demanda, sobre las secuelas, correspondientes al síndrome postraumático grave, que es valorado en 10 puntos., pues aun cuando efectivamente el menor fue sometido a tratamiento psicológico, debido a que manifiesta a fecha de noviembre de 2019, síntomas propios de un síndrome postraumático, tales como miedo y timidez en situaciones desconocidas sin acompañamiento, despertarse de golpe al



dormir , agarrase a uno, enuresis secundaria, síntomas que tal y como dijo la propia perito se han de valor dado que se desconoce la persistencia de los mismos, siendo valorada por ella en 3 puntos.

Igualmente no se acredita por la parte actora, la existencia de un síndrome postraumático de los hermanos, puesto que no aporta documental acreditativa sobre el estado de los mismos, solo la mera referencia por parte del pediatra alemán en su informe (folio 100 EA), por lo que, entendiendo la perito que no existe prueba alguna ni tan siquiera médica, sobre el sometimiento a tratamiento por parte de los hermanos de [REDACTED] es por lo que no se ha de apreciar las secuelas solicitadas en ambos menores.

Por todo lo expuesto, se ha de declarar la plena validez probatoria del informe emitido por la perito [REDACTED] a instancias de la Compañía Aseguradora Mapfre y que hace suyo el Ayuntamiento de Málaga, y por ende, se ha de estar a las lesiones y secuelas valoradas en dicho informe, toda vez que la valoración de las mismas efectuada en la demanda, ha sido desvirtuada por la prueba pericial.

En lo que respecta a los gastos solicitados, en concreto, se solicitan los gastos de vuelo de ida a Málaga y vuelta a Alemania, se solicita el gasto del hotel, todos ellos por importe de 499,33 euros, 1.013,30 euros, y 3.360 euros respectivamente. Dichos gastos no se pueden reconocer como propios de la indemnización, de los daños y perjuicio irrogados por el suceso acaecido, pues, no son gastos que no eran previstos con anterioridad por los recurrentes, ni tan siquiera se acredita que debieron coger otro vuelo al que ya tenían concertado o que tuvieran que haber dispuesto de más días de estancia en el hotel que inicialmente tenían reservado, por lo que no se pueden considerar como gasto. En idénticos términos, respecto a los gastos solicitados por los gastos de traductor, gastos de abogado, o gastos de provisión de fondos, o de otorgamiento de poder, apostilla y gestión, dado que no poseen la nomenclatura de gasto, propiamente derivado de una indemnización de daños y perjuicios, en su calidad de daño emergente o lucro cesante.

Solo se puede apreciar el gasto de los taxis para desplazarse al hospital y que



asciende a la cantidad de 50 euros.

Por todo lo expuesto, la indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial ascendería conforme al informe de parte demandada, a la cantidad de 10.187 euros, más los 50 euros de gastos de taxi, lo que hace un total de 10.237 euros, y aplicando la concurrencia de culpas que ya se ha establecido en el Fundamento Cuarto, en el porcentaje de 80% para la Administración y 20% para los padres del menor, la cantidad que se fija como indemnizatoria por la caída sufrida por el menor [REDACTED] el día 9 de octubre de 2018 es de 8.190 euros, conforme al desglose efectuado en el informe pericial de la Dra. [REDACTED]

SEXTO.- En relación a los intereses solicitado por el actor respecto de la Compañía Aseguradora, no es más cierto que la misma, compareció en las actuaciones como codemandada, al ser emplazada por el propio Ayuntamiento de Málaga en fecha 14 de diciembre de 2022, personándose la Aseguradora en las actuaciones mediante escrito de fecha 24 de febrero de 2022, y realizando la consignación de la cantidad de 4.296,22 euros correspondientes al 50% de la cuantía determinada por el Ayuntamiento (10.187 euros).

Por lo tanto, la Compañía Mapfre se personó en los presentes autos una vez fue emplazada por el Ayuntamiento de Málaga y que se produjo con posterioridad a la interposición del recurso contenciosos administrativo, la STS, 3ª, 19.9.2006 determina los requisitos para que el asegurador incurra en mora y, especialmente, interpreta las circunstancias exoneradoras de dicha situación, en especial la existencia de una causa justificada para que el asegurador no haga efectiva su obligación de indemnizar. Los



requisitos de la constitución en mora del asegurador son fundamentalmente tres: la existencia de una obligación de pago a cargo del asegurador, en los términos que establece el art. 18 de la Ley de Contrato de Seguro, el transcurso de un determinado plazo sin que se haya cumplido la obligación, y que no concurra ninguna causa justificada para no pagar o, en otras palabras, que el retraso sea imputable al deudor.

En el caso presente la Compañía Aseguradora acredita que no tuvo conocimiento de la reclamación administrativa y del hecho en sí hasta que no fue emplazada por la Administración, consignando la cuantía que entendió debida a la vista del informe del Consejo Consultivo, y en el plazo establecido en la LCS, por lo que ninguna mora se le ha de apreciar a la Compañía Aseguradora Mapfre.

Por todo lo anteriormente expuesto, la demanda ha de ser estimada parcialmente.

SÉPTIMO.-Según el artículo 139.1 de la LJCA, no procede imponer las costas procesales dada la estimación parcial del recurso, debiendo las partes sufragar las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

En atención a lo expuesto, y vistos los preceptos legales invocados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO el recurso contencioso administrativo interpuesto por [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] actuando en su propio nombre y representación y en nombre de sus hijos



menores [REDACTED] Y [REDACTED] frente a la Resolución de fecha 3 de marzo de 2023 por la que se declara la estimación parcial de la reclamación por responsabilidad patrimonial, y debo condenar a la Administración demandada a que abone a los actores en la cantidad de OCHO MIL CIENTO NOVENTA EUROS, (8.190 euros), cantidad que será a cargo del seguro concertado con la Compañía Aseguradora Mafre SA, más los intereses legales desde la fecha de la reclamación hasta la fecha de la sentencia, y todo ello sin imposición de las costas, debiendo las partes sufragar las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Llévese la presente resolución al Libro de Sentencias y únase certificación de la misma a los autos de su razón.

Notifíquese la anterior resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma NO cabe RECURSO DE APELACIÓN.

Así por esta mi Sentencia, la pronuncia, manda y firma, D^á M^á del Carmen de Torres Extremera, Magistrada Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 5 de Málaga.-
Doy fe.

E/



PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado



Juez que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública el día de su fecha; doy fe.-

