



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
NÚMERO CUATRO
DE MÁLAGA
PROCEDIMIENTO: Procedimiento Abreviado 277/16**

SENTENCIA NÚMERO 400/18

En la ciudad de Málaga, a 30 de noviembre de 2018.

Don David Gómez Fernández, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número cuatro de los de Málaga y su Provincia, pronuncia

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY

La siguiente

S E N T E N C I A

Vistos los presentes autos de Procedimiento Abreviado número 277 de los de 2016, seguidos por responsabilidad patrimonial, en los cuales han sido parte, como recurrente, [REDACTED] representante legal de la menor [REDACTED] representado por el Procurador Sr. Duarte Dieguez y asistida por el Letrado Sr. Moreno Clavero; y como Administración recurrida el Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga, con la representación y asistencia del Letrado Sr. Ibáñez Molina; habiendo intervenido como parte codemandada la compañía aseguradora Zurich Insurance PLC, representada por la Procuradora Sra. Conejo Castro y asistida por el Letrado Sr. Fernández Donaire.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Procurador Sr. Duarte Diéguez, en nombre y representación de [REDACTED] se presentó ante el Decanato de los Juzgados de Málaga escrito de demanda por la que interponía recurso contencioso administrativo frente a la deestimación presunta de la reclamación presentada por el recurrente ante el Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga el día 26 de mayo de 2015, mediante la que solicitaba tanto la reparación inmediata de la acera aludida en la misma, como una indemnización de daños y perjuicios por las secuelas ocasionadas a su hija menor en la cantidad de 10.904,40 euros; solicitando se dictase Sentencia por la que se declarase el derecho del recurrente a percibir del Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga en concepto de indemnización por las lesiones sufridas la cantidad de 10.904,40 euros más intereses legales y costas.

Segundo.- Convenientemente turnada la demanda, recae el conocimiento de la misma en este Juzgado, dictándose por la Secretaría del mismo Decreto admitiéndola a trámite, fijándose en dicha resolución día para la celebración del juicio, reclamándose a su vez de la administración demandada el expediente administrativo.





Tercero.- Que se celebró el juicio el día señalado con la asistencia de las partes, y en el que se practicaron las pruebas admitidas con el resultado que figura en el acta unida a las actuaciones. Quedó fijada la cuantía del recurso en la de 10.904,40 euros.

Cuarto.- Que en el presente procedimiento se han cumplido todas las formalidades legales salvo el plazo para señalar vista, dada la acumulación de asuntos en el mismo trámite originada por el volumen de entrada que soporta este Juzgado, que en la anualidad de 2014 superó en más del doble el módulo de ingreso establecido por el Consejo General del Poder Judicial para los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, reiterándose la ostensible superación de aquellos en los años sucesivos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En el presente litigio se formula recurso contencioso administrativo frente a la resolución aludida en los antecedentes de hecho alegando que la misma conculca lo dispuesto en los artículos 9.3 y 106.2 de la Constitución Española, 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 54 de la Ley de Bases de Régimen Local, así como los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil; por cuanto las lesiones padecidas por la hija menor del recurrente fueron consecuencia de “la conducta negligente de la administración al no mantener el acerado inadecuado estado, sin señalización alguna de su deficiente estado”, toda vez que el siniestro se originó por el “lamentable estado del acerado”, que “presentaba anomalías” consistentes en “un saliente” generado por la rotura de las losas. Tales desperfectos son los que originaron la caída de la hija menor del recurrente, lo que, a su vez, causó las lesiones por cuya curación o estabibilización reclama la correspondiente indemnización. La Administración, por su parte opuso la conformidad a derecho del acto impugnado por las razones que expuso en el plenario (en el que aportó nota unida a actuaciones que contenía sus alegaciones, dándose las mismas por reproducidas en la presente), que, en síntesis, consistieron en negar la acreditación de la relación de causalidad (no así de los hechos), dado que el desperfecto señalado es de muy escasa entidad, por lo que no se erigía en obstáculo peligroso generador de un riesgo grave en relación con los usos normales de la vía, añadiendo su desacuerdo con parte de la indemnización solicitada por la parte actora (en concreto, respecto de la incapacidad temporal reclamada), por lo que solicitaba subsidiariamente se estuviese al informe de valoración del daño aportado por la aseguradora, que corrobora la pertinencia de un monto indemnizatorio inferior de la parte actora. Por la aseguradora que compareció como codemandada, tras adherirse a lo manifestado por la Administración, se opuso igualmente la ausencia de prueba de la dinámica del siniestro que se narra en la demanda (al negar que la caída se produjese a consecuencia de la “ínfima irregularidad existente en la acera”), produciéndose, además, el siniestro, según la propia parte, a plena luz el día, por lo que la causa de la misma es la falta de atención de la propia recurrente (obviando, por cierto, que la lesionada es una menor de edad, siendo el recurrente su progenitor); añadiendo, por último, que se oponía a la cuantificación que de los daños se realizaba en la demanda y reclamación, aportándose informe médico de valoración que apunta la pertinencia de una inferior.





Con carácter previo se ha de exponer que la ficción desestimatoria (conforme a la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 52/2014) que es objeto de recurso quedó sin efecto desde el momento en el que se procedió al dictado por la Alcaldía-Presidencia del Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga de la resolución fechada el día 25 de mayo de 2016 en el expediente de responsabilidad patrimonial 158/15 mediante, la cual se acordaba desestimar la reclamación presentada por el demandante ante el Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga el día 26 de mayo de 2015, actuando en nombre representación de su hija menor, y ello por no haber quedado acreditada la relación de causalidad entre la lesión sufrida y una actuación o funcionamiento de un servicio de la Administración Municipal (que consta incorporada a los folios 62 a 74 del expediente administrativo remitido). Pues bien, la parte actora, a pesar del tiempo transcurrido y de constar su notificación en fecha muy anterior a la señalada para la celebración del plenario (en concreto, el día 7 de junio de 2016, conforme consta al folio 75) solicitase en tiempo y forma la ampliación del objeto del recurso al amparo del artículo 36 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa frente a esta resolución. No obstante lo anterior, ello no se erige, desde luego, en óbice para el examen de la pretensión contenida en la demanda, ya que la necesaria impugnación de resolución expresa dictada posteriormente a la interposición de un recurso contencioso en el que se atacaba la existencia de un acto presunto (en este caso, la presunta desestimación de la reclamación por silencio administrativo) queda en gran medida desvirtuada por abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo. Buena muestra de la misma la constituyen las Sentencia de la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2009 (recurso de casación número 1887/07) así como de la de la Sección Cuarta de 4 de febrero de 2016 -casación para la unificación de la doctrina 2682/2014- y la Sección Tercera de 4 de abril de 2016 -casación 811/2014-, en la cual se pone de manifiesto como, conocida la existencia de algún acto, disposición o actuación que guarde con el que sea objeto del recurso la relación prevista en el artículo 34 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el demandante puede pedir, dentro del plazo para interponer recurso contencioso-administrativo, que se amplíe el ya iniciado a la nueva actuación administrativa, conforme al apartado primero del artículo 36 de la misma Ley. Mas, como expresa la referida resolución, en el caso de que esta nueva actuación constituya la respuesta explícita a una petición cuya desestimación presunta por silencio es objeto de una impugnación contencioso-administrativa en trámite, el recurrente, además de poder solicitar la llamada «acumulación por inserción» o «ampliación del objeto del recurso», puede aceptar el pronunciamiento expreso, desistir de la impugnación contra el acto presunto y, en el plazo para recurrir, instar otra contra aquel primero, o incluso puede interponer recurso contencioso-administrativo independiente contra el acto expreso y después pedir su acumulación al que ya está en marcha contra el presunto, conforme a lo dispuesto en el artículo 37. De no ejercitar alguna de estas posibilidades la nueva actuación administrativa quedaría consentida, firme y, por consiguiente, inatacable con arreglo a los artículos 51, apartado 1, letra d), y 69, letra c), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (que es lo que parece argumentar la Administración con la causa de inadmisibilidad opuesta, al sostener cómo, a su juicio, “los únicos acto recurribles en este procedimientos serían o bien la desestimación presunta del recurso de reposición...o bien la resolución expresa que ha puesto fin al mismo”).

Mas este sistema tiene una excepción muy importante: en el caso que la decisión expresa retrasada no modifique o altere el contenido desestimatorio del silencio, al recurrente no le es exigible que adopte ninguna de estas posturas, pudiendo permanecer inactivo sin que ello implique perder el derecho al recurso frente a la posteriormente dictada. Y ello porque,





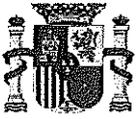
en tal caso, la resolución expresa se limita a reproducir el contenido negativo del silencio, si bien con motivación. Solo sería imprescindible la ampliación si el acuerdo dictado enmendaba el contenido del silencio, coyuntura en la que, de no extenderse la acción al acto expreso, esta ganaría firmeza al ser consentido, quedando el mismo sustraído a la jurisdicción y sin que, por consiguiente, la Sentencia a dictar con respecto al presunto pueda alcanzarle en sus consecuencias. Recuerda el Alto Tribunal en la referida Sentencia que esta postura no es precisamente novedosa, pues ya halló eco bajo la vigencia del texto de 1956 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Sentencias tales como las de 7 de mayo de 1990, 30 de septiembre de 1991, 27 de febrero de 1997, 24 de febrero de 1998 o 5 de diciembre de 2002, siendo incluso asumida esta postura por el Tribunal Constitucional en su sentencia 98/1988. Es más, el Alto Tribunal, citando la precedente Sentencia del mismo de fecha 5 de diciembre de 2002, considera que igualmente, a tales efectos, habrá de tenerse en cuenta "el modo en el que se ha desenvuelto...el proceso en la instancia", debiendo valorarse si la parte recurrente, aun cuando no ampliara expresamente el recurso a la resolución posterior, expresa una "inequívoca voluntad de extender la impugnación a la misma".

Ambas circunstancias están presentes en el supuesto objeto de estudio: ni la resolución de referida, de 25 de mayo de 2016 -folios 62 a 74 del expediente-, se apartaba del sentido desestimatorio del silencio del acto presunto; ni la conducta de la parte recurrente en el proceso puede ser considerada precisamente de aquietamiento a la misma, pues aun cuando ciertamente no trató de ampliar expresamente la demanda frente a la referida resolución al amparo del artículo 36 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (lo que bien pudo hacer, al tener a su disposición el expediente administrativo con antelación a la celebración de la vista) se deduce claramente de las alegaciones efectuadas por aquella en el acto del juicio su desacuerdo con el contenido de la citada. Por ello procede abordar el estudio de las cuestiones de fondo contenidas en la demanda rectora.

Segundo.- Se formaliza el recurso contencioso-administrativo frente a un acto administrativo que desestimaba la pretensión indemnizatoria solicitada por el recurrente mediante una reclamación que se sustentaba en la responsabilidad patrimonial en que la Administración demandada habría incurrido como consecuencia del defectuoso estado de mantenimiento de la vía públicas, competencia esta municipal conforme tanto al artículo 25.2.d) de la Ley de Bases del Régimen Local, como al artículo 92.2.e) del Estatuto de Autonomía de Andalucía. Con carácter preeliminar deben efectuarse una serie de consideraciones generales previas en lo atinente a la regulación legal de la responsabilidad patrimonial y consideraciones jurisprudenciales elaboradas a partir de la aplicación e interpretación de la misma.

Así, en primer lugar ha de reseñarse que la misma se encuentra actualmente regulada en el artículo 32 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (previamente, y a fecha de los hechos objeto del procedimiento, lo estaba en el artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), precepto legal que explicita el principio general de resarcimiento por las Administraciones Públicas de los daños y perjuicios causados por el funcionamiento de los servicios públicos, sancionado constitucionalmente en el artículo 106.2 de la Constitución Española ("Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos"). Conforme a su tenor literal, los particulares tienen "derecho a ser





indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley". Ambas disposiciones son de aplicación a las Entidades Locales en mérito a la previsión normativa del artículo 54 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (Ley 7/1.985, de 2 de abril), el cual remite a la legislación general sobre responsabilidad administrativa, al igual que el artículo 223 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales (Real Decreto 2.568/1.986, de 28 de noviembre).

Por su parte la jurisprudencia ha venido estableciendo doctrina pacífica y reiterada en cuya virtud la misma precisa, para ser apreciada, la concurrencia de los siguientes requisitos: 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, 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. (entre otras muchas, Sentencias de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017 -casación 2040/14-, de la Sección Cuarta de 28 de marzo de 2014 -casación 4160/11-, o las anteriores de 3 de octubre de 2000, 9 de noviembre de 2004, 9 de mayo de 2005, 12 de diciembre de 2006 y 21 de marzo de 2007). Si algún elemento la define (sin perjuicio de las matizaciones que se efectuarán en fundamentos posteriores, dado el peculiar ámbito sectorial del que se trata) no es otro que el carácter marcadamente objetivo de dicha responsabilidad, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, con fundamento en que quien la sufre no tiene el deber jurídico de soportarla (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 enero y 7 junio 1988, 29 mayo 1989, 8 febrero 1991, 10 de mayo, 18 de octubre, 2 y 27 de noviembre y 4 de diciembre de 1993, 22 de abril, 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994, 11, 23 y 25 de febrero y 1 de abril de 1995, 5 de febrero de 1996, 25 de enero de 1997, 21 de noviembre de 1998, 13 de marzo, 24 de mayo de 1999, 31 de octubre de 2000, 30 de octubre de 2003, 21 de marzo de 2007 o la de 19 de febrero de 2008 -casación 967/04, Sección Sexta-, entre otras muchas). Es decir, y en palabras de la última de las citadas, con el requisito de la antijuridicidad "se viene a indicar que el carácter indemnizable del daño no se predica en razón de la licitud o ilicitud del acto causante, sino de su falta de justificación conforme al ordenamiento jurídico, en cuanto no impone al perjudicado esa carga patrimonial y singular que el daño implica". Por tanto, la referida antijuridicidad, como requisito del daño indemnizable, no viene referida al aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración sino al objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión al existir causas de justificación en el productor del daño, decayendo la obligación de la Administración de indemnizar. Es en esta clave en la que ha de entenderse la previsión contenida en el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, conforme al cual solo son "indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley".





Ahora bien, aseverado lo anterior igualmente es cierto que el carácter objetivo de esta responsabilidad no supone que la Administración haya de responder de todas las lesiones que se produzcan en el ámbito del servicio público, pues como se ha expuesto anteriormente es preciso que la lesión pueda imputarse al funcionamiento del servicio, quedando exonerada la Administración cuando la intervención de tercero o del propio perjudicado reviste la suficiente intensidad para resultar determinante del resultado lesivo, quebrando la relación con el tan aludido servicio en cuyo ámbito se han producido los hechos (ruptura del nexo causal), aun cuando el funcionamiento del mismo sea defectuoso. Esta idea se expresa con claridad en abundante y constante jurisprudencia al establecer que, a pesar del carácter objetivo de la responsabilidad objeto de estudio, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido no concurrirá responsabilidad en la Administración, y ello aun cuando hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (así, Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo, 23 de mayo, 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996, 16 de noviembre de 1998, 20 de febrero, 13 de marzo, 29 de marzo y 27 de diciembre de 1999, 23 de julio de 2001 o 22 de abril de 2008).

Recordar, por último, y en todo caso, que se ha superado la inicial doctrina jurisprudencial que supeditaba la responsabilidad de la Administración a la existencia de una relación no sólo directa sino igualmente exclusiva entre el funcionamiento del servicio y el resultado lesivo (doctrina esta sostenida en Sentencias como la ya vetusta de 28 de enero de 1972), lo que suponía excluir dicha responsabilidad cuando en el proceso causal incidía de alguna forma el comportamiento del perjudicado o la intervención de tercero. Actualmente, sin embargo, la jurisprudencia viene manteniendo que dicha intervención no supone excluir totalmente la responsabilidad de la Administración, salvo que aquella resulte absolutamente determinante de la lesión. Como ponen de manifiesto las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1984, 11 de abril de 1986, 22 de julio de 1988, 25 de enero de 1997, 26 de abril de 1997, 18 de julio de 2002, 14 de octubre de 2004, 12 de diciembre de 2006 entre otras, la tan citada relación causal entre perjuicio y funcionamiento del servicio público (especialmente en los supuestos de responsabilidad por funcionamiento anormal de aquellos) puede igualmente aparecer bajo formas mediatas, indirectas o concurrentes, circunstancia que puede dar lugar, en su caso, a una posible moderación de la responsabilidad.

Tercero.- La reclamación de la parte actora halla su razón en un siniestro padecido por la hija menor del recurrente (que contaba a la fecha del siniestro con menos de dos años de edad). El mismo, según manifiesta la parte en su demanda y en su reclamación administrativa (folios 1 a 4 del expediente), tuvo lugar el día 18 de septiembre de 2012 en hora no determinada (pero que, a la vista del folio 5 del expediente, tuvo que ser forzosamente anterior a las 20:45 horas) en la Calle Peso de la Harina del término municipal de Málaga (aproximadamente a la altura del número 14, según se deduce de las fotografías obrantes a los folios 19, 26 y 27) cuando tropezó "con un saliente de la acera", y se golpeó en la frente con el escalón del portal existente a esa altura. Se afirma igualmente por la parte que actora que la "acera presenta desperfectos, concretamente un hundimiento que ha provocado un escalón y la rotura de la solería" (lo que denota, a juicio de la parte, una "falta de deber objetivo de la diligencia debida que debe imperar"). Los hechos así narrados pudieran revelar un defectuoso mantenimiento de la vía pública (no es precisamente un signo que denote un correcto mantenimiento de la citada vía la existencia de salientes, hundimientos o irregularidades a lo largo de aquella), mas no debe obviarse que, conforme a lo preceptuado en el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil,





aplicable a esta Jurisdicción al amparo de la Disposición Final Primera de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo cuarto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es a la parte actora a la que le incumbe la carga de advenir que los hechos sucedieron de la forma que narra en la demanda iniciadora.

Lo cierto es que la aseguradora codemandada, sin llegar a negar la realidad de la caída de la menor que se afirma producida, considera que no se ha adverado "la dinámica en la forma de ocurrencia del accidente". El que suscribe la presente no puede mostrarse conforme con dicha aseveración. En primer lugar, porque orilla que tanto en vía administrativa como el plenario se practicó la testifical del [REDACTED] (propietario de establecimiento que se encuentra justo al lado del portal con cuyo escalón la menor se golpeó la cabeza), el cual corroboró la forma de producción de los hechos que se narran en la demanda. Así, el mismo expuso ante la Administración -folio 41 a 43 del expediente- que la hija del recurrente "estaba de pie junto a su padre a un metro y medio de la mesa cuando de pronto echó a andar y tropezó con un trozo de solería que faltaba en la acera y fue a golpearse la frente contra el bordillo de un portal que había allí al lado", señalando con un círculo en las fotografías que se le exhibieron (folio 43) el mismo punto del vial al que se alude la demanda como aquel en el que tropezó la menor. De la misma forma, expuso en la vista desarrollada en este Juzgado que el padre de la menor "estaba con ella de pie" (minuto 10:20 de la grabación), emprendiendo esta última la marcha "como para subirse en un portal que estaba al lado" (minutos 10:26 a 10:29 de la grabación), tropezando en el punto de la acera al que se alude en la demanda, cuyo mal estado resultaba "indudable, porque faltaban las losas del suelo" (minuto 11:36 de la grabación). Y en segundo lugar porque consta a los folios 5 y 6 del expediente un informe emitido por el Servicio de Urgencias Pediátricas del Hospital Materno-Infantil de Málaga el mismo día 18 de septiembre de 2014 en el que se hace constar que la menor presentaba un traumatismo craneal y vómitos como consecuencia de un "golpe frontal al caerse contra un escalón". De la apreciación conjunta de ambos medios probatorios no puede sino afirmarse que la parte logra advenir que los hechos acaecieron en la forma descrita en la demanda. Lo contrario sería tanto como aseverar que el recurrente, tras padecer su hija menor (de menos de 2 años de edad) una lesión especialmente dolorosa y llamativa -debieron aplicarse puntos de sutura para cerrar la herida - por causas ajenas a las expuestas en su demanda, pergeña un engaño o fraude mediante una actuación en plena vía pública que hace extensiva a un centro hospitalario con la única finalidad de preconstituir una prueba para una futurible reclamación ante la Administración; hipótesis esta que bordea el absurdo.

Cuarto.- Ahora bien, que los hechos ocurrieran en la forma narrada en la demanda no necesariamente ha de comportar su estimación. Y ello porque las lesiones que lamentablemente sufrió la hija menor del recurrente (parece existir poca duda al respecto, a la vista de los folios 5, 6, 9, 12 a 15 y 44 a 46 del expediente) no han de resultar forzosamente imputables al defectuoso o incluso normal funcionamiento de los servicios públicos (que es lo que tenía que advenir la parte, conforme a lo dispuesto en el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no limitarse meramente a afirmarlo), y ello, en primer lugar, por ser la irregularidad apuntada (aquella con la que tropieza la menor) tan manifiesta que a simple vista podía apreciarse sin dificultad. Y es que, a la vista de la fotografía obrantes al folio 17 del expediente administrativo remitido (adjunta a la reclamación inicial presentada el 26 de mayo de 2015) y de las adjuntas al informe confeccionado el empleado municipal adscrito al Servicio de Gestión de Reclamaciones Patrimoniales el 27 de mayo de 2015 (folios 25 a 27 del expediente), se aprecia, en el





punto señalado por la recurrente como lugar donde acaece el siniestro, cómo una de las baldosas que circunda una tapa de registro (cortada para amoldarse a aquella) se encontraba fracturada, existiendo una oquedad (al faltar parte de la originariamente colocada) que propiciaba la presencia de un desnivel del acerado con respecto al resto. Este desnivel puede ser calificado de ligero (aunque real, como demuestra que ambas partes de sus laterales se hallen a la vista) y que, como se aprecia a simple vista, difícilmente alcanza un par de centímetros en el punto más desfavorable. Al entender de la parte actora, ello supone un incumplimiento del deber impuesto legalmente al municipio (en concreto, tanto por el artículo 25.2.d) de la Ley de Bases de Régimen Local, como por el artículo 92.2.e) del Estatuto de Autonomía de Andalucía) consistente en mantener en buen estado de conservación las vías públicas, de lo que dimanaría, al ser los daños padecidos atribuibles al servicio público municipal, la responsabilidad patrimonial reclamada.

Mas se ha de disentir de dicha tesis, pues lo cierto y verdad es que se constata la ruptura del nexo causal al que se alude. Y ello porque, aun cuando a la vista de las fotografías antes referidas (folios 17 y 24 a 27 del expediente) se comprueba la existencia del defecto aludido por la demandante, tal circunstancia no comporta que la caída sufrida por la misma fuese imputable al defectuoso o normal funcionamiento de los servicios públicos, por ser la tan citada irregularidad (con la que tropieza la menor) tan manifiesta que a simple vista podía apreciarse sin dificultad. Basta, a tales efectos, contemplar las fotografías obrantes en la parte superior del folio 25 y las dos que constan al folio 26 (realizadas a diferentes distancias) para reparar en la existencia de la imperfección del acerado que se señala como generador del riesgo. Y sin bien es cierto que la atención que ha de prestarse para percibir el mismo en la realizada en la posición más lejana (de hecho, a una distancia bastante considerable -casi seis metros, como se reseña en la medición de la fotografía inferior del folio 27-) debe ser alta, no lo es menos que esta disminuye hasta su mínima expresión conforme la distancia va resultando inferior. Así, tal defecto resulta claramente perceptible con una diligencia normal a la distancia en la que se realiza la fotografía que figura en la parte superior del folio 26, llegando a ser manifiesto a la distancia en la que se toma la instantánea que consta en la parte superior del folio 25, que resulta suficiente para que la persona que acompañaba a la menor rectificase la trayectoria por la que presumiblemente caminaba la misma para, de esta forma, evitar el tropiezo, y ello máxime cuando el siniestro se produjo a plena luz del día y en un vial amplio y de trazado recto. En este punto debe reseñarse que la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga viene estableciendo un criterio altamente restrictivo, al entender que, en este tipo de supuestos, y precisamente por ser fácilmente perceptibles los defectos u obstáculos que se hallan en la vía pública, se produce la ruptura del nexo causal al intervenir de forma determinante la propia conducta de la víctima-(en este caso, como se razonará, de la persona que debía vigilar a la misma). Así, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 24 de febrero de 2006 expresaba como, en un supuesto donde la ausencia de baldosas en la superficie de la acera era perfectamente visible, siendo la acera apta para el tránsito si, caminando con atención, se sorteaba esa parte de espacio, se deducía "que la caída se debió al deambular negligente y descuidado de la recurrente, evento que cualquier persona, con un mínimo de diligencia, habría evitado. Dicho actuar rompió, naturalmente, el nexo causal entre la caída de la actora y la ausencia de las baldosas en la acera, erigiéndose la conducta de la actora en la única causa de producción del evento dañoso, y, por tanto, por causas ajenas totalmente al servicio público de mantenimiento de la vía pública que viene atribuida al ente local", citando en su apoyo otra Sentencia con contenido análogo de la Sección





Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, de fecha 1 de marzo de 2.005. Este criterio no es aislado, pues se hallan ejemplos similares en Sentencias tales como las de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, de 28 de julio de 2008 y la de la misma Sala de 30 de marzo de 2007, que igualmente afirmaba que “en cualquier caso, no podemos entender que a tal supuesto evento fuera ajena la desatención de dicha perjudicada reclamante, sino que por contra sería factor determinante del suceso” y ello por cuanto la presencia del obstáculo “en ese concreto espacio habría sido perfectamente visible y evitable por parte de aquélla -con sólo observar el estándar de cuidado, del común de las personas, en dicho caminar-.” Razonamientos prácticamente idénticos pueden encontrarse en resoluciones más recientes. Así, en las de las Sentencias de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 16 de abril de 2015 -apelación 222/2012- y 21 de noviembre de 2016 -apelación 242/2013- se razona cómo “una caída derivada de un tropiezo en un obstáculo de dimensiones visibles entraña un daño no antijurídico, que debe soportar el administrado desde el mismo momento que participa del servicio público de aceras o calzada, porque no se puede pretender que la totalidad de aceras o calzadas de un casco urbano se encuentren absolutamente perfectas en su conservación y rasante (mayormente en el actual momento económico, con escasez de recursos), estando a cargo de quien lo sufre el daño que se produce como consecuencia de los riesgos generales de la vida inherentes al comportamiento humano, debiendo soportar los riesgos de una eventual falta de atención o cuidado en la deambulación por lugares de paso, como indican las SSTs de 17 julio 2003 y 22 febrero 2007 , toda vez que la vía pública no está exenta de peligros para el peatones y vehículos, y si cualquier bache, desconchado, humedad, pendiente... se entiende causa eficiente para la producción del daño se estaría convirtiendo a la Administración (normalmente la Local) en aseguradora universal de todo evento dañoso producido en su término municipal... El necesario autocontrol en la deambulación excluye la responsabilidad de la Administración en los casos en que el desperfecto u obstáculo fuera fácilmente apreciable”. Nos hallamos ante un caso muy similar a los reseñados, pues la existencia del desnivel provocado por la loseta fracturada en el acerado resultaba fácilmente visible para cualquier persona que caminase con una atención media (obsérvese especialmente las fotos antes aludidas) por lo que un actuar diligente de la persona que custodiaba en ese momento a la menor podría haber evitado, sin duda, la caída; máxime al disponer en el mismo lugar, como se aprecia en las fotografías que figuran a los folios 26 y 27, de un generoso espacio para transitar hacia el portal en el que no existían tales deficiencias.

Es cierto que la aplicabilidad de las reflexiones apuntadas pudieran matizarse en este supuesto, atendiendo a la muy corta edad de la menor lesionada. Atendiendo a este dato pudiera cuestionarse que pudiera realmente existir una “culpa” exclusiva o concurrente de la víctima en la producción del siniestro, dado el escaso grado de madurez de aquella (que no le permitiría calibrar el riesgo asumido al transitar por un punto que presenta tan ostensibles defectos). Mas esta circunstancia necesariamente desplaza la reflexión al examen de la vigilancia ejercida en ese momento por los adultos que acompañaban a la menor (y, singularmente, de sus progenitores). A tal respecto han de efectuarse unos breves apuntes previos. Así, de la lectura de los artículos 110 y 154 del Código Civil se desprende que los progenitores de un menor no emancipado, tanto si ostentan como si no la patria potestad del mismo, están obligados a velar por los mismos y tenerlos en su compañía; ejerciéndose tal patria potestad, como responsabilidad parental, en interés de los hijos y





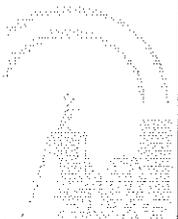
con respeto a su integridad física y mental. Justamente por ello, la jurisprudencia considera relevante en supuestos como los que son objeto de estudio en la presente la existencia o inexistencia de vigilancia por parte de los mismos. Y ello porque, tal y como refiere la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 29 de julio de 2010 (recurso 2220/03), resulta “indudable que los menores de edad pueden no atender los consejos de las personas mayores que los tengan a su cargo y de ahí la importancia de la presencia física de éstos para comprobar que dichas recomendaciones se cumplen y evitar a los mismos cualquier perjuicio, salvo en supuestos verdaderamente incontrolables de caso fortuito o fuerza mayor”. La relevancia de esta circunstancia, además, ha de modularse en función de varias circunstancias concurrentes. En primer lugar, por la propia edad del menor y su grado de discernimiento. Así, en la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 26 de septiembre de 2016 (apelación 51/2014) se concluía cómo en supuestos en los que la misma es muy escasa (en dicho supuesto era de tan solo dos años, justo la edad de la hija menor del recurrente) resulta exigible “una constante atención por parte de los progenitores”; mientras que, por ejemplo, en la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 7 de febrero de 2006 (recurso 1.239/02) esta circunstancia se valoraba en mucha menor medida en menores de edad cercanos a la mayoría de edad (en tal caso, 16 años de edad), dado que en tal situación el propio ordenamiento ya permite que los mismos puedan emanciparse o contraer matrimonio, exigiendo su consentimiento expreso para la venta o gravamen de sus bienes (artículos 46 y 317 del Código Civil o 2.012 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881), de lo que se infiere una presunción de un mayor grado de discernimiento al afrontar riesgos. Igualmente, la intensidad de dicha vigilancia difiere en función de la propia peligrosidad de la situación en la que se desenvuelva el siniestro. Así, en las Sentencias de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 14 de abril de 2011 (recurso de apelación 133/2009) y de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid de 3 de marzo de 2009 (recurso 1933/2003) se puso de manifiesto la alta relevancia de la ausencia de supervisión en un accidente de un menor de ocho años ocasionado por la manipulación de un artefacto pirotécnico (actuación “indicativa de culpa in vigilando e in educando imputable a sus progenitores”). De igual forma, en la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 20 de octubre de 2004 (recurso 1599/00), que abordaba el estudio de una reclamación por responsabilidad patrimonial por el fallecimiento de un menor en una piscina municipal -teniendo presente que el mismo no sabía nadar o lo hacía de modo muy defectuoso, así como que el siniestro aconteció en un momento de gran afluencia de personas en la instalación-; se concluía que, atendiendo a todas estas circunstancias, era precisa una “continuada vigilancia” de los progenitores -que, además, se adecuase y conformase a las circunstancias fácticas concurrentes- y la “adopción de constantes precauciones para excluir” los posibles riesgos descritos. Indicar, por último, que, en caso de completa ausencia de vigilancia de los menores por parte de sus progenitores (por no estar presentes al momento de ocurrir los hechos), la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 16 de noviembre de 2005 (recurso 439/00) equiparaba las posibles imprudencias cometidas por tales menores de edad con la de “quien debía velar por su seguridad”, excluyendo en dicho supuesto la responsabilidad patrimonial de la Administración.





Trasladando tales parámetros valorativos a la situación fáctica enjuiciada se concluye que aun cuando se ha corroborado la existencia de vigilancia por parte de uno de los progenitores (así lo expuso reiteradamente el testigo, al manifestar que el recurrente se hallaba de pie junto a su hija); tanto la muy edad de la menor (menos de dos años de edad, sin casi ningún grado de discernimiento propio -y, en todo caso, el todo insuficiente para valorar el riesgo que suponía transitar por ese punto-) como por la peligrosidad del punto concreto en el que tiene lugar el accidente (se insiste que el defecto resultaba perfectamente visible prestando una atención mínima) la supervisión desplegada por el progenitor no resultó idónea en función de las circunstancias concurrentes; y, en todo caso, -a la vista está- fue insuficiente para evitar el riesgo (pues se produjo el accidente), cuya existencia sí que resultaba palpable para cualquier persona adulta que prestase una atención suficiente. En definitiva, se produjo la ruptura del nexo causal, razón por la que el daño no es imputable a la Administración demandada.

Reseñar, por último, la analogía del supuesto enjuiciado con el reflejado en la reciente Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 16 de marzo de 2017 (apelación 275/2016), en la que una pretensión similar fue desestimada. En concreto se desestimaba un recurso de apelación formulado frente a una Sentencia que desestimaba una solicitud indemnizatoria por no acreditarse el vínculo causal entre el perjuicio y la actuación administrativa o su omisión indebida por ser el obstáculo que propició el siniestro de escasa entidad y fácilmente sorteable “prestando una atención media en la deambulación máxime teniendo en cuenta las horas diurnas en las que se produjo la caída, así como la destacada anchura de la vía, y por lo tanto el percance era evitable aplicando un canon de diligencia mediana exigible a cualquier ciudadano que deambule por la vía pública”. La referida decisión se sustentó, entre otros razonamientos, en los siguientes que interesan destacar : “A lo anterior añadimos una reflexión sobre la situación del pavimento que reflejan las fotografías incorporadas al expediente, y a los autos, sobre las que cabe insistir añadiendo que son de una menor entidad, afectan a tres baldosas que efectivamente parecen sueltas, y rebasan en escasos dos centímetros la línea uniforme del resto de acerado (informe municipal de fecha 9 de octubre de 2014), ofreciendo a la vista una acera amplia y sin obstáculos reseñables susceptibles de ser considerados como causa eficiente de una precipitación con consecuencias lesivas, sino es a partir de un comportamiento descuidado del peatón, circunstancia que apuntan al ámbito de responsabilidad propia del administrado....No encontramos motivos de peso para apartarnos de la valoración probatoria que efectúa el juez a quo acerca de la presencia del necesario vínculo causal, su apreciación conjunta del material probatorio obrante en autos no puede tacharse de irrazonable o ilógica y se enmarca dentro de los parámetros de evaluación conforme a los cánones de la sana crítica. El reportaje fotográfico no es significativo de un estado irregular representativo de la falta de mantenimiento cualificada que hace surgir la responsabilidad de la Administración....En suma, no estamos en condiciones de descartar que el motivo eficiente de la precipitación del actor y de sus lesiones derivadas se ubique en la órbita del actuar propio del perjudicado, que pudiera venir presidido en el supuesto de autos por una descuidada vigilancia al deambular en la vía pública, actividad que de suyo exige un grado de atención medio conforme al uso socialmente admitido, acorde a la eventualidad no excepcional de existencia de anomalías de diferente índole en la superficie transitable, lo que equivale a afirmar la ausencia de vínculo causal acreditado entre servicio público municipal y daño producido, presupuesto de prosperabilidad de la reclamación actora que debe ser rechazada en consonancia con lo concluido por la sentencia apelada”. Trasladando





tales razonamientos al presente supuesto (siendo la situación fáctica descrita similar a la aquí enjuiciada) no puede sino reiterarse la procedencia de desestimar la demanda.

Quinto.- Es más, no puede orillarse otra circunstancia que igualmente comportaría, por sí sola, la improsperabilidad del recurso. Y esta es que el escaso desnivel existente en la acera que provoca el tropiezo de la menor no permite apreciar la relación de causalidad exigible para verificar la existencia de responsabilidad. Y es que, como ya se ha apuntado, de la sola observación de la fotografía aportada por la parte, como de las adjuntas al informe realizado por el técnico municipal, se constata que el referido desnivel generado con respecto al resto de la solería por la parte fracturada de la baldosa con la que tropezó la menor ni tan siquiera alcanza un par de centímetros; desnivel este que puede considerarse escaso y cuya supresión comportaría exigir un estado de práctica uniformidad y planicidad del pavimento en las vías públicas (extremo este del todo deseable, pero prácticamente inalcanzable con los limitados recursos económicos con los que cuentan las Entidades Locales). En este sentido ha de reseñarse como numerosas Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Málaga vienen reconociendo como es reiterada doctrina jurisprudencial la que absuelve a los Ayuntamientos de responsabilidad por los accidentes causados por pequeños relieves de sus calzadas (a.e. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -Málaga- de 15 de septiembre de 2008 -recurso 68/02-) y ello por no poder considerarse suficiente la intervención de la actividad administrativa en la producción del hecho dañoso (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -Málaga- de 16 de marzo de 2007 -recurso 545/2000-). Así, en la precitada Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 21 de noviembre de 2016 -apelación 242/2013- se señala cómo se excluye la responsabilidad de la Administración en los casos en que el desperfecto u obstáculo fuera “de mínima entidad, que impida apreciar su capacidad para ocasionar daños en condiciones normales” al no poderse exigir un máximo estándar de calidad en todas y cada una de las vías públicas. Igualmente, en la previa Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 8 de marzo de 2010 se recogía cómo no se corrobora la necesaria relación causal entre la actuación municipal y el daño producido cuando no pueda llegarse a la convicción de que “el estado de la acera en cuestión, es decir el estado deterioro de las baldosas, fuera el adecuado para producir la caída de la actora, máxime cuando de las fotos aportadas es posible deducir que se trata de un acerado lo suficiente ancho como para poder evitar pasar por encima de las baldosas deterioradas, debiéndose tener en cuenta que la doctrina legal es contraria a considerar la responsabilidad que pudiera venir de daños viarios de escasa entidad”. En definitiva, no puede orillarse que el defecto señalado en la demanda como desencadenante del siniestro padecido por la menor resulta tan leve que acceder a las pretensiones indemnizatorias de la parte actora conllevaría un muy alto nivel de calidad en la prestación de los servicios municipales, pues el deber de conservación de los viales que incumbiría al municipio conllevaría que debiese eliminar toda irregularidad en el pavimento por nimia que fuere (en esta caso, un desnivel de menos de 2 centímetros de altura en una acera en la que se dispone un espacio de más de cinco metros para transitar) para no incurrir en responsabilidad. Y esta exigencia no puede ser tan elevada, poniéndose con ello de manifiesto la ausencia de antijuridicidad del daño.





Sexto.- Establece el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa tras su reforma por la Ley 37/2011, aplicable a este procedimiento por razones temporales, que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho; añadiendo que en los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad. Se consagra, por tanto, el criterio del vencimiento objetivo que ya estableció el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Desestimándose íntegramente la demanda, procede imponer las costas a la recurrente, en aplicación del aludido criterio de vencimiento.

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

FALLO

Se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador Sr. Duarte Diéguez, en nombre y representación de [REDACTED] frente al acto administrativo citado en los antecedentes de hecho de la presente resolución.

Se condena a la parte actora al pago de las costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que es firme en atención a la cuantía referenciada en el tercero de los antecedentes de hecho de la presente resolución y que frente a la misma no podrán interponer recurso alguno.

Así, y por esta mi Sentencia, lo dispongo mando y firmo. David Gómez Fernández, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número cuatro de los de Málaga.



.....