



JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº6 DE MALAGA

C/ Fiscal Luis Portero García s/n
Tel.: (Genérico): 951939076 Fax: 951939176
N.I.G.: 2906745020150001166

Procedimiento: Procedimiento abreviado 161/2015. Negociado: 1

Recurrente: [REDACTED]
Letrado: MIGUEL ANGEL MARCOS SAEZ
Demandado/os: AYUNTAMIENTO DE MALAGA
Letrados: S.J.AYUNT. MALAGA
Codemandado/s: ALTHENIA, S.L. y COMPAÑIA DE SEGUROS ZURICH INSURANCE PLC
Procuradores: RAFAEL ROSA CAÑADAS y GRACIA CONEJO CASTRO
Acto recurrido: RESOLUCION DE 13/01/15

SENTENCIA Nº 247/2018

En la ciudad de Málaga a 18 de junio de 2018.

Vistos por mí, D. José Oscar Roldán Montiel, Magistrado Juez Titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número SEIS de los de esta capital, el recurso contencioso-administrativo número 161/2015 tramitado por el cauce del Procedimiento Abreviado, interpuesto la Procuradora de los Tribunales Sra. García Solera, en nombre y representación de [REDACTED] como representante legal del menor [REDACTED] asistidos por el Letrado Sr. Marcos Sáez, contra la resolución dictada por el Ayuntamiento de Málaga de 13 de enero de 2015 de inadmisión reclamación de responsabilidad patrimonial, asistida la administración municipal por el Letrado Sr. Ibáñez Molina, personados en autos la representación de la aseguradora "ZURICH INSURANCE PLC" con representación otorgada a la Procuradora de los Tribunales Sra. Conejo Castro y la asistencia al Letrado Sr. Fernández Donaire, interpelada expresamente la sociedad "ALTHENIA, SL" quien otorgó apoderamiento a favor del el Procurador de los Tribunales Sr. Rosa Cañadas y asistencia conferida al Letrado Sr. Romero Bustamante, siendo la cuantía del recurso de 3805,42euros, resultan los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Con fecha 16 de marzo de 2015 se presentó, en origen y ante el Decanato del partido judicial de Málaga, escrito por el Letrado Sr. Marcos Sáez, en nombre de los recurrentes arriba citados y en la que se presentaba demanda contra el Ayuntamiento de Málaga y contra la mercantil "ALTHENIA, SL" impugnando ante en esta sede jurisdiccional la inadmisión, en resolución de 13 de enero de 2015 y, de reclamación de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la administración por daños sufridos en camión de su propiedad. En dicho escrito, además de acompañar los hechos y razones que estimó oportunos, se inquirió el silencio municipal solicitando la condena solidaria de la administración municipal y la mercantil al pago de 3,805,20 euros así como intereses, todo ello con la imposición de costas.





Una vez subsanados los defectos señalados, se admitió a trámite señalándose para vista el 11 de mayo de 2018, el acto se llevó a cabo con el desarrollo de los trámites oportunos de contestación a la administración municipal. Seguidamente, fue fijada la cuantía y admitidos y practicados los medios probatorios que se estimaron oportunos por SSª tras lo cual se declararon los autos conclusos y vistos para sentencia.

Finalmente, dada cuenta de los autos pendientes de resolución, se dio curso conforme orden de antigüedad de los recursos conclusos para sentencia.

En la tramitación de este procedimiento se han seguido todos los preceptos y formalismos legales, no así el plazo para resolver por sobrecarga de trabajo de este órgano judicial y necesidades del servicio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En los autos que aquí se dilucidan, la parte recurrente [REDACTED] fundaba su acción, acudiendo a la esencia del relato fáctico de su escrito rector, encontrándose su hijo menor de edad jugando el día 6 de junio de 2014 sobre las 19:00 horas en el parque público sito en calle "Jorge Loring" de esta ciudad junto con otros niños, bajo al supervisión de un adulto cuando, debido a un agujero o hueco que se encontraba en el suelo, cayendo al mismo. A resultas de lo anterior se produjeron lesiones y secuelas que fueron valoradas por la parte actora conforme aplicación supletoria del baremo orientador de tráfico, perjuicios físicos de los que responsabilizaba al Ayuntamiento de Málaga y a la sociedad "ALTHENIA, SL" como adjudicataria del servicio. Considerando los actores dicha falta de diligencia o cuidado del parque propiedad municipal y que era objeto de mantenimiento por la empresa "ALTHENIA, SL" según afirmó la Administración municipal en la resolución recurrida, dicha negligencia fue la causante del daño material sufrido en su camión, se reclamaba el dictado de sentencia estimatoria con los pronunciamientos ya adelantados en los Hechos de la presente resolución. Más tarde y en la primera intervención durante el acto del juicio, se dirigió interpelación expresa frente a la aseguradora del Ayuntamiento de Málaga, instando su condena igualmente.

Por su parte, mostrando su disconformidad rotunda se encontraba la representación procesal del Ayuntamiento de Málaga. Y ello sobre un único aspecto o argumento de defensa cual era la legitimación pasiva al existir contrato de mantenimiento de jardines con la UTE adjudicataria "ALTHENIA, SL". La situación contractual recogida en los Pliegos, hacía recaer en la sociedad adjudicataria toda la responsabilidad y por ello se descargaba sobre ella la responsabilidad. Tal circunstancia o relación de contratación pública y el alcance de la misma conforme los Pliegos y textos contractuales hacían derivar dicha responsabilidad en la referida UTE a la cual se le dio traslado durante la tramitación del expediente abierto por la reclamación de la parte actora.





En tercer lugar, personada como codemandada por su condición de aseguradora de la administración municipal, la compañía "ZURICH INSURANCE, PLC" adujo, como cuestión previa que no se les dirigió frente a ellos interpelación ni reclamación alguna. Ya en cuanto al fondo, se negó la dinámica de la caída. A tenor del escrito de demanda y la documental aportada. Los hechos ocurren en día diurna, había más niños sin que ninguno resultase lesionado. Y que el parque de juego y la calle domicilio del recurrente es menos de dos minutos caminando o 400 mts., estando seguro que conocían dicho lugar de esparcimiento para los menores. En cuanto a los conceptos y cuantía reclamada: el baremo de tráfico pero se ha de tener en cuenta el apartado 7 del Anexo. Y en este caso ni siquiera se aporta informe médico pericial alguno. No queda acreditado por tanto ni el daño ni las secuelas del mismo. Por otra parte, se mostró su adhesión a lo propuesto por la administración. En resumidas cuentas, se instaba la desestimación del recurso y la expresa condena en costas.

Como última parte interpelada, la "ALTHENIA SL" igualmente mostró su oposición por los motivos ya dichos sobre lugar y responsabilidad de la víctima o de la persona que estuviese a su cuidado. Las fotografías demostraban, al subjetivo parecer de la demandada, que era un parque para niños muy pequeños. Y el menor, con 12 años y atendidos los juegos que allí existen era dudoso y las máximas de experiencia apuntaban a que niños de dicha edad no estuviese en dicho parque. En cuanto a lo del pie en la oquedad, se produce una fractura no desplazada de la tibia resulta inverosímil pues este dicho de fracturas derivan de un fuerte golpe o impacto. Esa oquedad no puede significar peligro pues el parque es utilizado por niños más pequeños. En segundo lugar, en cuanto a las fotografías no podía saberse cuando se tomaron. Dando por reproducido lo dicho por "ZURICH INSURANCE PLC" pero en el folio 17 se cita para revisión en dos semanas para alta; desconoce si se compareció o no, pero en los informes posteriores hasta el folio 19 se dice que hay una valoración positiva de recuperación. No se acreditó falta de asistencia al centro escolar. No consta un tratamiento médico efectivo. Por ello, se reclamaba el dictado de sentencia de inadmisión o desestimatoria en todos sus extremos con la condena en costas a la demandante.

SEGUNDO.- Una vez expuestas sucintamente las posiciones de las cuatro representaciones personadas, por pura lógica procesal conviene comenzar resolviendo la cuestión de la falta de legitimación pasiva de la Administración municipal de Málaga (y las consecuencias que ello reportarían respecto de su aseguradora "ZURICH INSURANCE PLC"), resulta necesario partir de la jurisprudencia atinente al caso que nos ocupa que no es otro que un pretendido mal funcionamiento de la Administración y las consecuencias que ello le reportarían. En este sentido, es más que didáctica la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el cual, en resolución dictada a por la Sede de Málaga de la Sala Contenciosa de 23 de febrero de 2007 (pero plasmada la esencia de la misma en muchas otras resoluciones), concluyó lo siguiente:

"...Pues bien, planteado así el debate, deberemos recordar que el artículo 106.2 de la Constitución Española establece que "los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la





lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos" y que el tema se encuentra regulado en los artículos 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo Común, así como en el Reglamento de los Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/93, de 26 de marzo, disposiciones a que debe entenderse referida la remisión contenida en el artículo 54 de la Ley de Bases de Régimen Local. Esta modalidad de responsabilidad, configurada ya en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración Civil del estado y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, como un tipo de responsabilidad objetiva y directa de la Administración, según reiterada doctrina y jurisprudencia, exige los siguientes presupuestos:

A) Un hecho imputable a la Administración, bastando, por tanto con acreditar que un daño antijurídico, se ha producido en el desarrollo de una actividad cuya titularidad corresponde a un ente público.

B) Un daño antijurídico producido, en cuanto detrimento patrimonial injustificado, o lo que es igual, que el que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportar. El perjuicio patrimonial ha de ser real, no basado en meras esperanzas o conjeturas, evaluable económicamente, efectivo e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

C) Relación de causalidad directa y eficaz, entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido, así lo dice la Ley 30/92, en el artículo 139, cuando señala que la lesión debe ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y.

D) Ausencia de fuerza mayor, como causa extraña a la organización y distinta del Caso Fortuito, supuesto este que sí impone la obligación de indemnizar. La fuerza mayor entroncaría con la idea de lo extraordinario, catastrófico o desacostumbrado, mientras que el caso fortuito haría referencia a aquellos eventos internos, intrínsecos al funcionamiento de los servicios públicos, producidos por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, por su mismo desgaste con causa desconocida, correspondiendo en todo caso a la Administración, tal y como reiteradamente señala el Tribunal Supremo, entre otras y por sintetizar las demás, la de 6 de febrero de 1996, probar la concurrencia de fuerza mayor, en cuanto de esa forma puede exonerarse de su responsabilidad patrimonial.

A la vista de estas exigencias resulta indudable según doctrina del Tribunal Supremo contenida en Sentencia de 28 de octubre de 1998, que no solo es menester demostrar que los titulares o gestores de la actividad que ha generado un daño, han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable, extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos, de lo que debe concluirse que para que el daño concreto producido a los particulares sea antijurídico, basta con que el riesgo inherente a su utilización haya





rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social.

En la órbita del funcionamiento "anormal" de la actividad administrativa se incluyen tanto las conductas ilegales o culpables de los agentes de la Administración, como las actuaciones impersonales o anónimas, ilícitas o ilegales, imputables a la organización administrativa genéricamente considerada. En el campo del funcionamiento "normal", la imputación es por riesgo, al margen de cualquier actuación culpable (por vía de dolo o de imprudencia o negligencia) o ilícita o ilegal. La Administración responde aquí de los daños causados por actuaciones lícitas, salvo en supuestos de fuerza mayor que no es el presente caso. En el aspecto bajo el que se contempla la responsabilidad de la Administración, basta con insistir en que, en consonancia con su fundamentación objetiva, el presupuesto básico de la imputación de daños a la Administración es la titularidad del servicio o de la organización en cuyo seno se ha producido el daño. Basta con acreditar que este daño antijurídico se ha producido en el desarrollo de una actividad cuya titularidad corresponde a un ente público para que éste, si concurren los demás presupuestos, quede obligado a reparar aquél.

TERCERO.- *En el presente supuesto litigioso y así consta en el expediente administrativo aquí unido como prueba documental, por el Ayuntamiento de Málaga se especificó en el expediente administrativo en todo momento que el mantenimiento de sus jardines se llevaba por la empresa concesionaria "ALTHENIA, SL" y así venía recogido en el Pliego de Condiciones Económico-Administrativas que no fueron discutidos por la referida mercantil COMO TAMPOCO por la parte actora. Más en concreto, en el Pliego de Condiciones Económico-Administrativas Particulares, y al punto 11 se incluía el siguiente tenor literal " El contratista será responsable de todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato, teniendo, por tanto, la obligación de indemnizarlos de conformidad con lo dispuesto en el art. 198 de la LCSP" debiendo para asegurar lo anterior, como también establecía el propio contrato, tener su propio seguro de responsabilidad civil en términos fijados en el Pliego de Condiciones Técnicas. De lo anterior se deduce para quien aquí resuelve, que por mucho que la entidad adjudicataria sostuviese como argumento final de su contestación que la arqueta era propiedad del Ayuntamiento, ello no le exime a la mercantil del deber de cuidado derivado del contrato de mantenimiento y, para el supuesto de causación de daños, del deber de asumir los mismos máxime cuando es doctrina legal ya consolidada en los textos normativos que el contratista será responsable de todos los daños y perjuicios que se causen a cualquier tercero teniendo , por tanto, la obligación de indemnizarlos de conformidad. En este sentido, una escueto pero contundente cita jurisprudencial menor es la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Málaga el 10 de enero de 2007 la cual proclama lo que a continuación se transcribe: "la responsabilidad de la Administración para cuando reclama por los daños ocasionados por la actividad del contratista solamente alcanza o bien a cuando sean competencia de una orden de la Administración o a vicio del proyecto (..) no pudiendo tampoco entenderse responsable a la Administración por incumplir sus deberes de vigilancia del estado de las vías públicas ya que, para que ello fuese*





así, se habría hecho necesario acreditar que (la caída de la valla) no fue consecuencia de un acto concreto y provisional sino de un acto o hecho de una duración más o menos permanente que hubiere exigido a la Administración la necesidad de adoptar alguna medida preventiva (...) por lo cual el recurso no puede prosperar"). Tales motivos ya se le adelantaron a la parte actora en la vía administrativa y así se plasmó en la propia resolución recurrida.

De lo anterior, se deduce que la administración recurrida carecía de legitimación pasiva necesaria para la presente litis por lo que, respecto del Ayuntamiento de Málaga (y de paso su aseguradora) no cabe más pronunciamiento que la desestimación de la reclamación económica frente al Ayuntamiento de Málaga presentada por los recurrentes.

CUARTO.- Continuando con el debate en lo que resta por resolver del fondo del asunto, pero teniendo en mente la doctrina jurisprudencial necesaria para la consideración de un supuesto de responsabilidad patrimonial en este caso de la contratista adjudicataria, resulta que de las pruebas aportadas por los actores consistentes en las imágenes unidas a su escrito inicial y ya avanzadas expediente administrativo y sobre todo la testifical de [REDACTED] queda probado a este Juez en la instancia que el menor hijo del recurrente de los actores y cuando se dirigió a recoger o acercarse a su hermano pequeño que se encontraba dentro del parque vallado, cayó al meter el pie en el agujero, siendo como ya se dijo más arriba, responsabilidad contractual de la UTE "ALTHENIA, SL", donde calló el hijo de [REDACTED] y que ello había perjudicado al mismo. No puede pretender la adjudicataria hoy demandada que la responsabilidad de la caída era del menor y los custodios del mismo cuando, como se aprecia a simple vista en las imágenes fotográficas, el hoyo o agujero estaba en medio del parque infantil, sin que existiese ninguna señal de aviso y estaba completamente expedita de cualquier limitación. Estando dicho agujero (cuestión por lo demás NO debatida por la demandada), era su obligación atender a su estado y, nada de eso probó la recurrida con sus medios probatorios pues se limitó a su remisión al expediente administrativo y a los medios aportados por el Ayuntamiento de Málaga y su asegurador. Y de lo actuado por la administración en el procedimiento allí incoado, consta al folio 44 consta el traslado en el procedimiento de responsabilidad incoado por la administración municipal, y en dicho escrito la mercantil adjudicataria lanzaba una afirmación que era poco adecuada en cuanto a que en todos los parques, por muy seguro y mantenido que se encontrase, se producía caídas de niños; así como sus dudas sobre el alcance lesivo y el tiempo de curación, para adicionar seguidamente partes de trabajos realizados en la zona. Pero ello no demuestra al parecer de este juzgador la realidad de una actuación eficaz de control y mantenimiento de la zona ajardinada donde se encontraba la arqueta al día de los hechos ni en fechas anteriores.

En consecuencia, procede estimar la concurrencia de responsabilidad de la mercantil "ALTHENIA, SL" como adjudicataria encargada del manteamiento del parque en concreto del Parque sito en el Distrito 4º de Málaga Bailén Miraflores del municipio de Málaga, debiendo asumir la misma los daños ocasionados cuya valoración se realiza en el Fundamento que sigue a continuación.





QUINTO.- Ahora bien, en cuanto al quantum indemnizatorio, la pretensión de la actora no puede estimarse en su totalidad. Y ello por la propia y al tiempo deficiente actividad probatoria de la parte recurrente. Siendo coherente el tiempo de curación el de 52 días y de los cuales 17 eran impeditivos, nada prueba que al menor le quedasen dos puntos de secuelas. Era más que llamativo que no se presentase informe pericial alguno para justificar dicho extremo. La afirmación de la madre de que el menor tenía opciones de futuro deportista y que desde la caída del niño, éste ya no andaba bien, eran opiniones particulares de la parte sin prueba alguna. Así las cosas, acudiendo a la labor moderadora del juzgador en cuestiones como las que nos ocupan, no siendo obligatorio en la presente jurisdicción especializada la aplicación del baremo de tráfico, considera quien aquí resuelve que, dada la edad del menor y la ausencia de otras pruebas más allá que las imágenes tomadas por sus progenitores hoy recurrentes y los informes de urgencias y seguimiento, solo cabe reconocer el total de días de curación sin reconocimiento de secuela alguna, lo cual y aplicando supletoriamente el baremo orientador previsto para accidentes de tráfico, el alcance indemnizatorio a abonar por la mercantil adjudicataria "ALTHENIA, SL".son 1.757,4 euros por los 52 días de curación (17 impeditivos y el resto no impeditivos para las ocupaciones del menor).

En consecuencia procede la estimación parcial del recurso, debiendo reconocerse la reclamación de [REDACTED] en cuanto a la responsabilidad patrimonial de la empresa adjudicataria del servicio de mantenimiento del parque infantil propiedad del Ayuntamiento de Málaga respecto del recurrente y, a resultas de lo anterior, el derecho de la actora a ser indemnizada con 1.757,40 euros a abonar únicamente por "ALTHENIA, SL", cifra a la que se condena al pago. La citada cantidad se incrementará con los intereses legales devengados desde la fecha de la presentación de la reclamación (7 de noviembre de 2014) hasta la notificación de la presente resolución a la Administración (SSTS 15 enero 1992, 24 enero 1997, 20 octubre 1997 y 5 julio 2001, entre otras), y desde esa fecha con los intereses procesales establecidos en el art. 106 LJCA.

SEXTO.- Por último, de conformidad con lo dispuesto en artículo 139 LJCA al tiempo de la interposición del recurso, consistente en el vencimiento objetivo, procede imponer al recurrente las costas ocasionadas al Ayuntamiento de Málaga en cuantía máxima de 250 euros toda vez que no concurre prueba alguna de temeridad o mala fe. En dicha condena en costas se incluyen las ocasionadas a "ZURICH INSURANCE PLC" toda vez que, en el acto del juicio, el Letrado Sr. de la parte actora amplió la interpelación a la aseguradora de la Administración municipal, debiendo ser igualmente abonados como máximo 250 euros en concepto de costas.

Por último, respecto de las costas entre "ALTHENIA, SL" y [REDACTED] la estimación parcial del recurso lleva a no imponer a ninguna de las dos al no existir tampoco prueba de temeridad o mala fe procesal que obligue a otra decisión.





Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que en el Procedimiento Abreviado 161/2015 instado por la Procuradora de los Tribunales Sra. García Solera, en nombre y representación de [REDACTED] [REDACTED] asistidos por el Letrado Sr. Marcos Sáez contra la inadmisión por el Ayuntamiento de Málaga de reclamación de responsabilidad patrimonial identificada en los antecedentes de esta resolución, asistida la administración municipal por el Letrado Sr. Ibáñez Molina personados en autos la representación de la aseguradora "ZURICH INSURANCE PLC" con representación otorgada a la Procuradora de los Tribunales Sra. Conejo Castro, así como contra la mercantil "ALTHENIA, SL" quien otorgó apoderamiento a favor del el Procurador de los Tribunales Sr. Rosa Cañadas , resultan los siguientes pronunciamientos:

DEBO DESESTIMAR y DESESTIMO el recurso interpuesto en lo que se refiere a la Administración municipal y su aseguradora también demandada.

A su vez, DEBO ESTIMAR y ESTIMO PARCIALMENTE la acción dirigida contra la mercantil codemandada "ALTHENIA, SL" y por ello, debo condenar y condeno a la antes citada al abono a la recurrente de la cantidad de 1.757,40 euros más los intereses en la forma expuesta en el Fundamento Quinto de esta resolución., debiendo mantener la resolución recurrida su contenido y eficacia. En cuanto las costas, el recurrentes deberá abonar las ocasionadas al Ayuntamiento de Málaga y a "ZURICH INSURANCE PLC" en cuantía máxima y a cada una de ellas de 250 euros, sin que resulte necesario ninguna otra condena, debiendo las restantes litigantes abonar las propias y las comunes por mitad.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma, atendida la cuantía de las actuaciones, **NO cabe recurso de apelación** (artículos 41 Y 81.1.a) ambos de la LJCA 29/1998).

Librese Testimonio de esta Sentencia para su unión a los autos de su razón e inclúyase la misma en el Libro de su clase; y con testimonio de ella, en su caso, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior resolución por el Magistrado-Juez que la suscribe, estando la misma celebrando audiencia pública en el día de su fecha, doy fe.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA



