

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 Málaga

Procedimiento abreviado nº 874/2019

Magistrado: Óscar Pérez Corrales

Recurrente: SEGURCAIXA, SA DE SEGUROS Y REASEGUROS

Letrado y procurador: Francisco José Zumaquero Ubiña y José Luis Torres Beltrán

Demandado: Ayuntamiento de Málaga, asistido y representado por M^a Luísa Pernía Pallarés, letrada municipal

Codemandado: EMPRESA MUNICIPAL DE AGUAS, SA

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

SENTENCIA Nº 21/22

En Málaga, a 3 de febrero de 2022.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- 1. El día 21-10-2019 se interpuso recurso c-a frente a la desestimación por silencio administrativo de la reclamación formulada ante el Ayuntamiento de Málaga el día 21-2-2019 en concepto de responsabilidad patrimonial (reclamación de 2653,37 €).

2. Se dictó decreto de admisión a trámite el día 24-10-2019, señalándose para la celebración del juicio el día 26-1-2022. El día 5-2-2020 se personó EMASA.

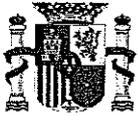
FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Es objeto de recurso c-a la desestimación por silencio administrativo de la reclamación formulada ante el Ayuntamiento de Málaga el día 21-2-2019 en concepto de responsabilidad patrimonial (reclamación de 2653,37 €).

Ejercita el recurrente una pretensión de plena jurisdicción (artículo 31.2 LJCA), pues a la pretensión de declaración de invalidez del acto recurrido añade la del reconocimiento de una situación jurídica individualizada mediante la fijación de una indemnización.

2. Mas antes de abordar el fondo del asunto deberán ser objeto de decisión dos cuestiones. La primera estará referida a la causa de inadmisibilidad alegada por el Ayuntamiento demandado y referida al artículo 69 c) LJCA, considerando la Administración que dictada resolución el día 5-12-2019 por el titular de la Asesoría Jurídica (por delegación del alcalde) inadmitiendo la reclamación por falta de legitimación pasiva (considerando que corresponde a EMASA, a quien remite el





expediente), no habiéndose ampliado el objeto de este recurso a la misma (se notificó a la ahora recurrente en la sede electrónica a su letrado y representante, produciéndose el rechazo por no acceder a su contenido el día 23-12-2019, según consta al f. 41 del expediente administrativo), nos encontramos ante un acto que ha devenido firme y consentido.

3. No comparto, sin embargo, la concurrencia de la causa de inadmisión alegada. Sobre la necesidad o no de ampliación del objeto de recurso c-a a la resolución expresa posterior, existe una consolidada doctrina jurisprudencial (por todas, STS , 3ª, secc. 6ª, de 3-11-2016 (rec. 130/2013; ECLI:ES:TS:2016:4834), que interpretando el artículo 36. 1 LJCA en adecuada conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), afirma que ello exige distinguir los siguientes supuestos:

a) Si la resolución expresa, posterior al silencio administrativo, satisface íntegramente la pretensión, lo procedente será el desistimiento o la satisfacción extraprocesal de la pretensión (art. 76 LJCA).

b) Si la resolución expresa, posterior al silencio administrativo, es plenamente denegatoria de la pretensión, el demandante podrá ampliar el recurso contencioso- administrativo, conforme al artículo 36.1 LJCA; pero si no lo hace, no por eso habrá perdido sentido su recurso.

c) Si la resolución expresa, posterior al silencio administrativo, es parcialmente estimatoria de la pretensión, alterando la situación que deriva de la ficción legal de desestimación que anuda el silencio administrativo negativo, entonces sí, el artículo 36. 1 LJCA impone, en principio, al demandante la carga de ampliar el recurso. Pero la no asunción de ésta sólo comporta la total pérdida sobrevenida de objeto cuando, a la vista del contenido de dicha resolución tardía, la pretensión formulada carece de toda su virtualidad. En otro caso, lo que se produce es la necesaria modificación de la pretensión formulada para adecuarla al contenido del acto administrativo que sustituye a la ficción legal en que consiste el silencio administrativo, entendiéndose que no alcanza ni a lo que se obtiene por dicho acto ni a los aspectos de éste que no podían ser incluidos en la desestimación presunta recurrida y que, por tanto, son ajenos al proceso iniciado.

Y matizando aún más el segundo y tercer supuesto, la STS, 3ª, secc. 2ª, de 03-06-2020 (rec. 1061/2016 ECLI:ES:TS:2020:1402), dice:

Y concretando aún más el segundo y el tercer supuesto (que es el ahora controvertido) hemos afirmado reiteradamente que ha de entenderse que la ampliación del recurso es facultativa y no necesaria cuando la pretensión mantiene su virtualidad impugnatoria a pesar de la resolución tardía, de manera que puede entender legítimamente el recurrente que tal resolución tardía no afecta al objeto esencial de su recurso y que, en el caso de un acto que solo es parcialmente estimatorio, será suficiente con que el actor, en el momento procesal oportuno (que aquí ha sido cuando toma conocimiento del acto expreso), haga referencia al mismo, combata sus fundamentos y pretenda del Tribunal una declaración sobre su conformidad a Derecho, aunque no efectúe una ampliación formal de su recurso en los términos del artículo 36.4 de la Ley Jurisdiccional .

Pues bien, precisamente, conforme a lo ya dicho en la anterior sentencia nos encontraríamos con un supuesto incardinable en el supuesto 2 de los contemplados, pues es evidente que el recurso contra el acto presunto no pierde su sentido ni carece de objeto, pues la resolución del acto expreso al declarar inadmisibile el recurso es equiparable al supuesto de desestimación total, por lo que el recurso seguía teniendo sentido, y no solo ya por razón de tiempo en la resolución, sino porque la resolución por inadmisibilidat no había dejado sin objeto la interposición del recurso contra la desestimación presunta, en la que se impugnaba el fondo del asunto.

Por tanto, inadmitiendo la resolución expresa posterior la reclamación formulada por el





recurrente por carecer el Ayuntamiento de Málaga de legitimación pasiva, tal pronunciamiento, que encajaría en el segundo de los supuestos ya expresados, no hace perder a la ficción desestimatoria ni su sentido ni su objeto, pues nos seguimos encontrando ante una desestimación total por parte del Ayuntamiento de Málaga de lo pedido frente a él. Téngase en cuenta, además, que bajo el ropaje de una decisión formal de inadmisión, en realidad, hay un pronunciamiento sobre el fondo, al que pertenece la legitimación pasiva, pues negar tal legitimación no implica sino negar la existencia de cualquier clase de actuación municipal generadora del perjuicio cuya indemnización se solicita a cargo del Ayuntamiento de Málaga.

4. Pero además de lo anterior, y relacionado con ello, procede también referirse ahora a la novedosa pretensión articulada en el acto del juicio por el recurrente pretendiendo la condena de EMASA, personada en las actuaciones como codemandada al titular de intereses legítimos y frente a la que no planteó pretensión alguna en el escrito de demanda. Considera el recurrente, con base en una sentencia que cita de la Sala de Málaga (a la que lu ego me referiré), que está habilitada para plantear esa pretensión en el acto del juicio pese a no haber dirigido la demanda frente a ella.

Aclaremos, en primer lugar, que EMASA es una empresa municipal encargada de la prestación del servicio público de abastecimiento de agua, de la gestión y administración del ciclo integral del agua, correspondiendo su capital íntegramente al Ayuntamiento de Málaga, encontrándonos ante un supuesto de gestión directa del servicio público a través de una sociedad mercantil local. Siendo ello así, resulta que esta clase de sociedades (conforme al art. 85 ter LBRL y que fueron introducidas en por reforma operada en virtud del artículo 1.3 de la Ley 57/2003 de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno Local), se rigen íntegramente por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, no siendo más que instrumentos concebidos para la gestión de servicios públicos de competencia municipal, como igualmente lo son los organismos autónomos locales y entidades públicas empresariales contemplados en el artículo 85 bis de la Ley de Bases del Régimen Local (que se instituyen como trasunto de las reguladas en los artículos 45 a 52 y 53 a 60 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado).

Desde la estricta perspectiva anterior, y no existiendo conexión entre la reclamación planteada por responsabilidad patrimonial y ninguna de las materias afectadas por la normativa administrativa (presupuestaria, contable, contratación, etc), sometidas estas sociedades al ordenamiento jurídico privado, la competencia para conocer cualesquiera reclamaciones que se formulen en materia como la que ahora analizamos podría reclamar una decisión que difiera el conocimiento a la jurisdicción civil.

Ahora bien, la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo ha introducido cierta matizaciones, pues si bien admite que la jurisdicción competente (siendo demandada la sociedad mercantil) sea la civil en los supuestos de gestión indirecta (que no directa) por una sociedad mercantil de capital mixto o íntegramente privado, cuando la gestión es directa y se presta por una sociedad mercantil con capital íntegro público, la jurisdicción competente para conocer de la reclamación será la contencioso-administrativa pues, de no ser así, las diferentes reformas legales producidas y que tienen por objeto hacer realidad el principio de unidad de jurisdicción para la Administración Pública, quedaría eludido mediante un revestimiento societario puramente formal (constitución de una sociedad mercantil con capital público íntegro) que ocultaría tras él a la Administración.

El auto de la Sala de Conflictos (auto de 18-12-2008, nº 36/2008, rec. nº 17/08,





ECLI:ES:TS:2008:13909A) se refería a una sociedad nominada GESTIÓN DE AGUAS DEL LEVANTE ALMERIENSE, S.A. (GALASA), que prestaba este servicio en la modalidad de gestión directa. Esta forma de sociedad anónima mercantil, cuya finalidad y objeto social era la gestión del ciclo hidráulico en la zona del Levante almeriense, tenía un capital público íntegro por aportaciones de diversos municipios y de la Diputación Provincial. Declaró que el conocimiento correspondía a la jurisdicción c-a, que no a la civil.

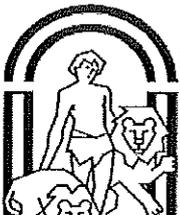
Al hilo de lo anterior, sin embargo, existen otros pronunciamientos – ya de la Sala de lo c-a del TS (como la STS de la secc. 6ª de 21-7-2009 – rec. 47/2007; ECLI:ES:TS:2009:5000) que matizan la anterior doctrina. Se articulaba un recurso c-a frente a una resolución municipal que declaraba que declaraba frente a una reclamación por responsabilidad patrimonial su falta de legitimación pasiva por estar gestionado el servicio en forma directa por una sociedad mercantil local cuyo capital íntegro correspondía a la entidad local. Al mismo tiempo, se recurría la decisión de la mercantil sobre falta de responsabilidad. Se alegaba (se alegaba, y se rechazó por la sentencia de la instancia), inadmisibilidad por no tener el Ayuntamiento legitimación pasiva, y falta de jurisdicción en relación con la mercantil. El TS, pese a desestimar el recurso de casación en interés de ley por no concurrir los presupuestos (se solicitaba que se fijara doctrina legal remitiendo a la jurisdicción civil el control de los actos de la mercantil; también que en los supuestos de gestión directa del servicio, la Administración que las haya creado carecen de legitimación pasiva, sin que los artículos 2.e) y 21 de la LJCA prevean un litisconsorcio pasivo necesario por esa circunstancia. No obstante ello, dijo el TS sobre la primera cuestión:

.../... No obstante, cabe apuntar, que tampoco la doctrina legal cuya fijación se solicita por el recurrente, puede extraerse del caso concreto y establecerse como correcta y con el carácter general propio del pronunciamiento de este tipo de recurso, pues, en el primer caso, el Juez a quo justifica el conocimiento de la impugnación del acuerdo de la mercantil Logroño Deporte, S.A., en cuanto la demanda se dirige conjuntamente contra la Administración Pública y dicha empresa municipal, de manera que la personalidad jurídico privada de la misma no impide que en este planteamiento procesal, el conocimiento de la impugnación corresponda al orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo, según resulta del art. 2.e) de la Ley de la Jurisdicción y del art. 9.4 de la LOPJ, tras la redacción dada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que sujeta a esta jurisdicción las reclamaciones de responsabilidad patrimonial frente a la Administración aun cuando concurren sujetos privados a la producción del daño. Así lo hemos señalado en sentencia de 21 de noviembre de 2007, que tras examinar los preceptos aplicables, concluye " que corresponde al orden contencioso administrativo el enjuiciamiento de las cuestiones referentes a responsabilidad de la Administración pública y que, cuando ésta se articule en concurrencia con privados o compañías aseguradoras, todos ellos han de ser igualmente demandados ante el orden contencioso administrativo, que queda ya facultado, como lo era el orden jurisdiccional civil con anterioridad a 1.998, para el enjuiciamiento de la responsabilidad tanto de la Administración pública como de los particulares.

Se añade, incluso, en dicha sentencia, con referencia a la de 26 de septiembre de 2007, que no es obstáculo para ello la circunstancia de que se excluya por los Tribunales de lo contencioso administrativo la responsabilidad de la Administración, ya que ello no imposibilita el enjuiciamiento de la responsabilidad de los particulares concurrentes con aquella.

Es por ello que la primera doctrina legal que el recurrente pretende que se fije no puede inferirse de la situación que se ha producido en la instancia, pues no se trata del control judicial de los actos de entidades con personalidad jurídica privada de manera individual, en cuyo caso y como señala el Ministerio Fiscal la doctrina propugnada podría ser correcta, sino de la exigencia de responsabilidad en concurrencia con la Administración y, en este caso, el criterio aplicado por el Juez a quo en la sentencia recurrida se ajusta los preceptos interpretados según la doctrina de esta Sala

Y sobre la segunda cuestión:





La legitimación pasiva reconocida al Ayuntamiento de Logroño por el Juez a quo, no lo es en consideración a la titularidad de la totalidad de las acciones de la sociedad anónima municipal sino de la titularidad del servicio,

.../... Lo que no puede cuestionarse es que el planteamiento del recurso en la instancia dirigiendo la reclamación conjuntamente contra el Ayuntamiento y la empresa municipal Logroño Deporte, S.A. resulta justificado y que la doctrina legal que se propugna por la parte no puede establecerse con el carácter general que se pretende, en cuanto ha de estarse al régimen específico de prestación del servicio establecido en cada caso y el origen o causa de los perjuicios cuya reparación se pretenda.

5. Ahora bien, que EMASA pueda ser objeto de una reclamación ante esta jurisdicción c-a conforme al pronunciamiento tanto de la Sala de Conflictos como de la Sala 3ª (para esta última siempre que sea demandada con la Administración que crea la sociedad), no significa que en el acto del juicio y sin haberse dirigido frente a ella pretensión alguna al interponerse el recurso con formulación simultánea de demanda, pueda, de manera novedosa, formularse frente a ella una pretensión de condena, pues haríamos ilusorio todo el régimen de interposición y las formalidades a que se sujeta, siendo realmente que no puede admitirse que sin formular demanda frente a EMASA se pretenda su condena, y sin que pueda tampoco admitirse que en el acto del juicio se formule la misma de manera novedosa.

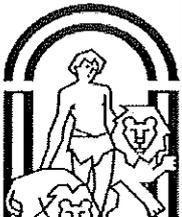
La cita, y lectura, que hace el recurrente de una sentencia de la Sala de Málaga que avalaría su tesis tampoco la comparto. Posiblemente se refiere el recurrente a la sentencia de la sección 3ª de 21-6-2018 (rec. 485/2017; ECLI:ES:TSJAND:2018:10424), sentencia que en ningún caso permite lo dicho por el recurrente: que pese a no haberse formalizado una demanda frente a EMASA pueda en el acto del juicio hacerse de manera sorpresiva.

La meritada sentencia se refería a un supuesto semejante al actual en el que el Ayuntamiento de Málaga había inadmitido la reclamación por considerar que no tenía legitimación pasiva y que la responsabilidad podía ser de EMASA. El Juzgado de igual clase nº 4 de esta ciudad inadmitió el recurso (iniciado frente a una ficción desestimatoria) al no haberse ampliado su objeto a la resolución expresa posterior dictada en los términos dichos, considerando la Sala que ello no debía ser así por cuanto que *este pronunciamiento administrativo es en suma una manifestación de rechazo de la pretensión resarcitoria por motivos de fondo relacionados con la legitimación pasiva del Ayuntamiento, esto es, se declara sin más, la inexistencia de actuación administrativa generadora del perjuicio como presupuesto del fenómeno de responsabilidad patrimonial, por lo que entendemos que respecto de la resolución expresa de "inadmisión" el recurso debió entenderse tácitamente ampliado, pues a la postre no era sino una confirmación del sentido del silencio negativo contra el que se formuló el recurso originariamente.* Con base en ello, decidió la Sala estimar la apelación, dejar sin efecto la inadmisión y mandar retrotraer al Juzgado las actuaciones *entendiendo ampliado el recurso a la resolución expresa de fecha 6 de junio de 2014, con remisión de las actuaciones al juzgado de procedencia para resolver respecto del fondo, sin expresa imposición de costas de esta segunda instancia a cargo de ninguna de las partes.*

Y la Sala insistía en una idea: *la resolución dictada tardíamente por la Administración viene a conformar el sentido desestimatorio del silencio, y por lo tanto no se hacía preciso la impugnación explícita de la resolución expresa ulterior, siendo facultativo para el recurrente la ampliación del recurso.* Y añadió:

a) *La resolución expresa a pesar de ser formalmente de inadmisión se pronunciaba sobre la concurrencia de los requisitos necesarios para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial y en concreto acerca de la presencia de daño efectivo.*

b) *Por lo anterior se puede entender que la resolución expresa vino a confirmar el sentido*





desestimatorio del silencio al denegar ad limine la reclamación de responsabilidad patrimonial.

c) A pesar de lo ya dicho la actora formuló alegaciones en su demanda para contradecir las conclusiones sentadas en la resolución expresa tardía, por lo que de otro modo podría entenderse implícitamente ampliado el recurso.

d) La recurrente conserva tras la resolución expresa tardía de inadmisión la virtualidad impugnatoria de su pretensión de fondo. Se entiende así puesto que la Administración no puede servirse del dictado extemporáneo de una resolución de inadmisión para despojar al Tribunal de su facultad ya adquirida de conocimiento sobre la totalidad de las pretensiones deducidas por la actora al dirigir su recurso contra la desestimación presunta por silencio.

Por tanto, lo que la Sala dijo entonces es lo que se dice ahora en esta sentencia. En primer lugar, que pese a no haberse ampliado el objeto del recurso a la resolución expresa que inadmite por falta de legitimación pasiva del Ayuntamiento, no por ello concurre causa de inadmisión (la causa alegada por el Ayuntamiento ya ha sido rechazada), pues el sentido negativo del silencio permanece incólume. En segundo lugar, y por referencia a la afirmada "ampliación implícita", no quien ello decir mas que era pertinente, pese a la no ampliación, que en el acto del juicio la parte recurrente hiciera alegaciones sobre esa falta de legitimación pasiva (letra c) destacada en negrita).

En el caso que ahora se plantea (sustancialmente idéntico al de la Sala), ya se considere la cuestión como una ampliación tácita ya, como se considera en esta sentencia que se dicta, como un supuesto en el que es innecesaria la ampliación por cuanto que inadmitir por falta de legitimación pasiva es realmente una decisión desestimatoria por razones de fondo (recuerdo que he desestimado la causa de inadmisión alegada por el Ayuntamiento), en ningún caso significa ello que el recurrente quede habilitado para dirigir frente a EMASA una pretensión de condena articulada sorpresivamente en el acto del juicio sin haber formulado previamente frente a ella una pretensión de condena, pues solo significará que podrá alegar razones para seguir afirmando la responsabilidad del Ayuntamiento demandado pese a la gestión directa del servicio a cargo de EMASA. Lo único que permite la Sala (y se ha permitido por este Juzgado) es que el recurrente, pese a no ampliar el objeto del recurso (por su propia voluntad y por no acceder a la sede electrónica, lo que no impide considerar correcta su notificación) pueda en el acto del juicio hacer las alegaciones que tenga por conveniente sobre la alegada cuestión de fondo referida a la falta de legitimación pasiva del Ayuntamiento, pero nada más.

La lectura que hace el recurrente de la sentencia de la Sala es, por ello, incorrecta, al interpretarla como una suerte de habilitación para, sin formular demanda frente a EMASA y articular en forma pretensiones frente a ella, pueda, sin más, en el juicio, articular frente a ella una pretensión de condena, planteamiento que integra multitud de infracciones procedimentales, sin olvidar la evidente indefensión que se causaría a EMASA.

6. Resulta así, que encomendada la gestión del servicio a EMASA y considerando el recurrente que el origen del daño que reclama se encuentra en un atoro de la red de saneamiento general municipal (competencia de EMASA, según consta al f. 27 e.a.), no siendo discutido que aquella es la encargada de la prestación del servicio, de ninguna responsabilidad del Ayuntamiento de Málaga cabe hablar. Téngase en cuenta, además, que la decisión de diferir la responsabilidad EMASA fue debidamente notificada al letrado de la recurrente el día 23-12-2019 (que por su propia voluntad no accedió a la sede electrónica, produciéndose el rechazo y dándose por notificada la resolución), por lo que no puede ahora alegar desconocer tal forma de gestión del servicio, conocimiento, por lo demás, que se muestra evidente al pretender ahora indebidamente la condena de EMASA, planteamiento que se rechaza no por no ser ello imposible sino por no poder serlo en la forma en que pretende articularlo el





recurrente.

Señalar, en fin, que no se trata de un supuesto que pudiera considerarse de colindancia competencial (como era precisamente el resuelto por la Sala referido al estado de una arqueta de EMASA situada en la vía pública), pues encontrándose el denunciado defecto de la red de abastecimiento en el subsuelo, es difícil pensar que el Ayuntamiento, como titular del servicio y creador de la sociedad que lo gestiona directamente, haya faltado a deber alguno de supervisión.

7. Las costas de la instancia causadas al Ayuntamiento de Málaga y a EMASA (frente a esta última se ha pretendido la condena) serán abonadas por la parte recurrente (distinta solución se habría dado respecto a EMASA si personada como interesada no se hubiera pretendido su condena por el recurrente en la forma indebida en que lo hizo).

FALLO

DESESTIMO el recurso contencioso-administrativo interpuesto por SEGURCAIXA, SA DE SEGUROS Y REASEGUROS frente a la desestimación por silencio administrativo de la reclamación formulada ante el Ayuntamiento de Málaga el día 21-2-2019 en concepto de responsabilidad patrimonial (reclamación de 2653,37 €).

INADMITO la pretensión de condena articulada frente a EMASA.

Las costas de la instancia causadas a ambos demandados serán abonadas por la recurrente.

No cabe recurso.

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

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

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



