



Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 Málaga

Procedimiento abreviado nº 730/2019

Magistrado: Óscar Pérez Corrales

Recurrente: [REDACTED]

Letrado y representante: Alejandro José Fernández Lozano

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

Codemandado 1: TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

Letrada y procuradora: Beatriz Ramos Alcázar y Rocío Jiménez de la Plata Javaloyes

Codemandado 2: SEGURCAIXA ADESLAS, S.A., DE SEGUROS Y REASEGUROS

Letrado y procuradora: Javier López garcía de la Serrana y M^a del Carmen Miguel Sánchez

SENTENCIA Nº 24/22

En Málaga, a 4 de febrero de 2022.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- 1. El día 15-7-2019 se interpuso recurso c-a frente a la resolución del 26-2-2019 dictada por el alcalde del Ayuntamiento de Málaga (por delegación, el titular de la Asesoría Jurídica), que inadmitió la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la recurrente (4694,86 €), considerando que la responsabilidad podría recaer, en todo caso, en TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SA.

2. Subsanao el defecto procedimental advertido, se admitió a trámite por decreto del día 23-9-2019, señalándose para la celebración del juicio el día 10-11-2021. Suspendido a petición justificada de la codemandada, se señaló de nuevo para el día 26-1-2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Es objeto de recurso c-a la resolución del 26-2-2019 dictada por el alcalde del Ayuntamiento de Málaga (por delegación, el titular de la Asesoría Jurídica), que inadmitió la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la recurrente (4694,86 €), considerando que la responsabilidad podría recaer, en todo caso, en TELEFÓNICA DE ESPAÑA.





Ejercita el recurrente una pretensión de plena jurisdicción (artículo 31.2 LJCA), pues a la pretensión de declaración de invalidez del acto añade la del reconocimiento de una situación jurídica individualizada mediante la petición de indemnización por importe de 4694,86 € a cargo del Ayuntamiento demandado.

Igualmente, ejercita una pretensión de condena por la misma cantidad frente a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SA. También conviene precisar en este momento, en relación con la aseguradora, que la parte recurrente no ha ejercitado la acción directa en los términos que previó el art. 9.4 de la LOPJ a partir de la reforma operada por LO 19/2003 (*igualmente conocerán – se refiere al orden jurisdiccional c-a - de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva*), de donde cabe deducir que su condición de demandada – de la aseguradora – lo es por la vía del interés a que se refiere el art. 21.1 b) ley 29/98, que no por la de la letra c), que ha de interpretarse debidamente conectada con la LO 19/2003 de reforma de la LOPJ, que fue precisamente la que dio nueva redacción al apartado 4 de su art. 9 y que introdujo la letra c) del art. 21.1 de la ley 29/98). De esta forma, no será posible, en ningún caso – y aunque se estimara el recurso - su condena, que solo sería posible de haberse ejercitado una acción directa (en este sentido, fundamento de derecho quinto de la STS, 3ª, secc. 6ª, de 25-5-2010, rec. 7584/2005 -).

2. Alega la Administración demandada que concurre una causa de inadmisibilidad por extemporaneidad por cuanto que suspendido el plazo de interposición por la solicitud el día 9-5-2019 del reconocimiento del derecho a litigar gratuitamente (artículo 16.2 Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita .../... *se reanuda desde la notificación al solicitante de la designación provisional de abogado por el Colegio de Abogados o, en su caso, desde la notificación del reconocimiento o denegación del derecho por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita y, en todo caso, en el plazo de dos meses desde la presentación de la solicitud*) cuando quedaban dos días de plazo, solo consta en los autos la comunicación del reconocimiento del derecho el posterior 2-7-2019, interponiéndose el recurso c-a el 15-7-2019.

A la hora de decidir sobre la alegada causa de inadmisibilidad ha de partirse, al modo de pòrtico del proceso de toma de decisión, del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, del que forma parte esencial el acceso a la jurisdicción, no siendo admisibles aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas de inadmisión - o no pronunciamiento sobre el fondo - preservan y los intereses que sacrifican. Y, para el caso que ahora se plantea, contamos con pronunciamientos de interés de nuestro Tribunal Constitucional, como la STC 141/2011, de 9 de septiembre (ECLI:ES:TC:2011:141), que no ilustra de la siguiente forma:

.../... Sólo pueden computarse válidamente los plazos procesales correspondientes bien a partir del momento en el que los beneficiarios del derecho a la asistencia jurídica gratuita hayan recibido la notificación en la debida forma del nombramiento de los profesionales designados para su defensa o bien, en aquellos casos -como el presente- en los que no conste de manera fehaciente la notificación de dicha designación, desde el momento en que los profesionales designados realicen de manera efectiva alguna actuación orientada a la defensa de los ciudadanos a quienes se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita... Es obvio que esta circunstancia de la falta de constancia en el expediente administrativo tramitado como consecuencia de la solicitud de asistencia jurídica gratuita de la fecha de la notificación del nombramiento del representante procesal del solicitante no puede jugar nunca en su perjuicio a la hora de fijar el momento de preclusión del plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo.





En nuestro caso, reconociéndose el derecho a litigar gratuitamente, se confirma la designación provisional mediante una comunicación con registro de salida el día 2-7-2019. No consta, sin embargo, la fecha de notificación, circunstancia que para haber conocido habría hecho preciso solicitar como prueba el expediente relativo a la solicitud del derecho a litigar gratuitamente, lo que no se ha hecho. Por ello, debiendo atenderse a la fecha en que el profesional designado realizó alguna actuación en defensa de su cliente, ello nos sitúa en el mismo día de interposición del recurso c-a, por lo que la causa de inadmisión ha de ser desestimada.

SEGUNDO.- Responsabilidad concurrente de la Administración con un sujeto privado

1. La peculiar forma de suplicar en la demanda (con sucesión de peticiones subsidiarias) no debe hacernos perder la perspectiva del distinto régimen al que quedan sometidas las partes, siendo el propio de la responsabilidad patrimonial para la Administración, y el de la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 Código Civil TELEFÓNICA DE ESPAÑA. Nótese que de la lectura conjunta de los artículos 9.4 de la ley orgánica del Poder Judicial y 2 e) ley reguladora de esta jurisdicción se deduce el intento del legislador de no quedar resquicio alguno en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública que permita el conocimiento del asunto a otro orden jurisdiccional distinto del contencioso-administrativo, razón por la que atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa, tanto el conocimiento de las acciones directas (dirigidas contra la Administración y su aseguradora), como las dirigidas contra cualquier otra entidad, pública o privada, aunque las mismas, solo de una forma indirecta, sean responsables, junto a la Administración, de los daños y perjuicios causados. En definitiva, y así nos ilustra la STS, 3ª, secc. 6ª, 21-11-2007 (rec. 9881/2003; ECLI:ES:TS:2007:8176), 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 la reforma del año 1998, para el enjuiciamiento de la responsabilidad tanto de la Administración pública como de los particulares.

Y lo anterior es así aun cuando se excluyera finalmente en sede jurisdiccional la responsabilidad de la Administración, ello no imposibilita el enjuiciamiento de la responsabilidad de los particulares concurrentes con aquella. Otra interpretación de los preceptos antes mencionados iría en contra del principio de unidad jurisdiccional y conduciría a un nuevo peregrinaje de jurisdicciones, puesto ya de manifiesto con la legislación anterior, y que sería absolutamente contrario a la efectividad de la tutela judicial efectiva proclamada por el artículo 24 de la Constitución. Señalar, en fin, que desde la perspectiva lógico-jurídico carecería de sentido permitir que la pretensión resarcitoria se dirigiese, además de contra la Administración, contra particulares, si el juez contencioso sólo pudiese condenar a la Administración, o junto con ésta última, de forma solidaria al contratista o concesionario.

Esta línea jurisprudencial, iniciada tras la reforma de la LOPJ tras la reforma operada por la ley 19/2003, se reitera en otras sentencias posteriores, como la de la misma Sala y sección 6ª de 24-02-2009 (rec. 8524/2004; ECL:ES:TS:2009:734); o de la misma sección de 21-7-2009 (rec. 47/2007; ECLI:ES:TS:2007:5000)

2. Pero, como antes se indicaba, demandándose a la Administración y al particular, existe una dicotomía en cuanto al régimen jurídico aplicable (cuestión que es silenciada por la parte recurrente y que obvia la codemandada TELEFÓNICA en su





contestación), pues la responsabilidad de la Administración será objetiva mientras que la del particular (contratista en nuestro caso), será subjetiva y regida por el régimen del art. 1.902 CC.

Es doctrina jurisprudencial reiteradísima (tan es así que considero que queda excusada su cita) que la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere, conforme a lo establecido en el artículo 32 de la ley 40/2015 (*Los particulares tendrán 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*): a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea **consecuencia del funcionamiento normal o anormal - es indiferente la calificación -** de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal; c) Ausencia de fuerza mayor; d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

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

Abundando en estas ideas, es pertinente recordar la clásica STS, 3ª, secc. 3ª, 10-10-1997 (rec. 608/1993), que nos ilustra diciendo:

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

De esta forma, de lo que se tratará será de decidir si en el caso existió una relación de causalidad entre un daño "antijurídico" y el funcionamiento normal o anormal del servicio público, siendo también de destacar que la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, rechazando que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir, lo que supondría convertir a la Administración en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, siendo necesario, por el contrario y como ya he expresado, que esos daños sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración.

3. Una digresión más habrá de hacerse, pues afirmándose que la causa del daño por el que se reclama está relacionado con una arqueta situada en la vía pública que da





servicio a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, el problema, debiendo ser contemplado desde la perspectiva de la competencia municipal en infraestructura viaria de su titularidad conforme al artículo 25 de la de bases del régimen local, también deberá serlo alalimón con el matiz que supone la ocupación del dominio público por parte de TELEFÓNICA por ser ello necesario para el establecimiento de la red pública de las comunicaciones electrónicas, tal y como prevén los artículos 30 y 31 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

SEGUNDO.- 1. Los hechos en cuya virtud reclama ser indemnizada la recurrente derivan, según se expresa en la demanda, del accidente ocurrido en torno a las 13 horas del día 5-7-2017 en la calle Gaucín de Málaga, *consecuencia de la existencia en la vía pública de una arqueta en mal estado y/o mal colocada, cuya tapa se encontraba levantada del suelo y sobresaliendo de su posición .../... la tapa ocupa prácticamente toda la acera, haciendo imposible el tránsito por ese tramo sin pisar la tapa .../... Mi representada, de 80 años de edad, transitaba con la diligencia que le es exigible* (sic hecho primero de la demanda).

La visión de las fotografías ofrece la impresión de un acerado en buen estado en cuya parte central se encuentra la arqueta. Aun cuando la demanda se expresa con hipérbole, la arqueta ni se encuentra en mal estado ni está levantada del suelo. Lo que se percibe es que al no estar correctamente encajada presenta un pequeño resalte. Sin duda, ello significa que existe un defecto mas, como ya se expresó, no es lo importante el funcionamiento anormal sino atender a la antijuridicidad del daño. En este sentido, si partimos de la idea de que no podemos pretender los ciudadanos que la Administración, en el ejercicio de sus competencias, nos cree un mundo sin aristas y forrado de algodón, ello conllevará, como lógica consecuencia, prestar también atención al deber que todos tenemos de prestar la diligencia debida en el uso que hacemos de los espacios públicos, surgiendo en nosotros el deber de la debida atención para percibir defectos que, aun siendo menores, pueden generar el riesgo de sufrir una lesión.

Si la sola visión de la fotografía que aporta la parte recurrente permite considerar que el defecto es visible, lógico habría sido obrar con diligencia para salvarlo bien caminando por un lateral bien, de no ser posible (como dice la recurrente, aunque discrepo de ello), levantando el pié al pasar por el resalte. La circunstancia de tener la recurrente 80 años de edad lo único que exige es la necesidad, precisamente, de aumentar su diligencia, pues el servicio público debe prestarse en atención a las características generales de la población, a salvo servicios específicamente orientados a satisfacer necesidades de personas con algún grado de limitación.

Cuando hablamos de responsabilidad patrimonial de la Administración pública no nos referimos a un perjuicio causado antijurídicamente (con culpa, esto es, siguiendo un criterio subjetivo que atiende a la conducta del agente, que es el tradicional y civil que consagra el artículo 1.902 CC), sino a un perjuicio que es antijurídico en sí mismo (que sería un criterio objetivo) por cuanto que el titular del patrimonio (la recurrente) no tenga el deber jurídico de soportarlo aunque el agente obre con plena licitud. La responsabilidad patrimonial de la Administración no está construida sobre la idea de la ilicitud o de la culpa, sino sobre la de lesión, la de daño, pero entendida esta o este como perjuicio en un sentido estrictamente jurídico como perjuicio antijurídico. No entenderlo así y atender a un concepto vulgar de daño como sinónimo de mero perjuicio supondría una intolerable carga presupuestaria que obligaría a la Administración a destinar una ingente cantidad de recursos económicos para crear un espacio público perfecto, lo que iría en lógico detrimento de otros numerosos servicios a los que ha de atender para el bienestar del





ciudadano.

Las razones anteriores considero que son suficientes para desestimar el recurso interpuesto frente a la resolución atendiendo a los razonamientos subsidiarios que ofrece la Administración en su contestación, discrepando, en todo caso, del principal referido a la mera falta de legitimación pasiva por ser titular de la arqueta TELEFÓNICA DE ESPAÑA, pues esta sola circunstancia no excluye, por sí sola, la eventual responsabilidad en que pudiera incurrir el Ayuntamiento (por sí solo o en concurrencia con aquella mercantil) en términos de estricta responsabilidad patrimonial. Aun cuando se habla de inadmisión por falta de legitimación pasiva, en realidad, bajo esa apariencia, existe una desestimación por razones de fondo, pues negar la legitimación pasiva no supone sino negar cualquier clase de actuación administrativa municipal que causara el perjuicio por el solo hecho de que la arqueta pertenezca a TELEFÓNICA, planteamiento con el que discrepo.

2. Desestimado, por las razones expuestas, el recurso c-a interpuesto frente a la resolución municipal, distinta habrá de ser la decisión en relación con el particular (TELEFÓNICA) frente al que dirige la recurrente una pretensión de condena. En este caso, y recordando lo ya expresado, perteneciendo la arqueta a la mercantil titular del aprovechamiento especial del dominio público local precisamente por razón del obligado establecimiento de redes de telecomunicación, parece claro que si la arqueta está mal colocada sí ha existido un proceder negligente bien en su colocación bien en la debida atención de mantener su correcto anclaje. Por ello, y desde la perspectiva estrictamente subjetiva a la que ahora sí hay que atender, la mercantil ha obrado con culpa inexcusable en el artículo 1.902 CC. Sin embargo, en la relación causal que existe entre el proceder negligente de TELEFÓNICA y el daño (aquí sí entendido como mero perjuicio) habrá que considerar también la interferencia que se produce en el curso causal con el proceder poco atento de la recurrente, lo que conllevará una disminución del 50% de la cuantía indemnizatoria.

3. Sobre la extensión del daño lo cuantifica la recurrente en la cantidad de 4694,86 €, considerando 522,60 € por perjuicio moderado (10 días hasta que le fueron retirados los puntos de aproximación) y 4172,26 € por secuelas (6 puntos) de perjuicio estético ligero.

Aun cuando la recurrente ni lo dice ni lo explica ni aporta informe pericial, parece sustentar la cuantificación en la aplicación del baremos referido a los accidentes de circulación. Sobre ello cabe recordar que la STS, Sala 3ª, secc. 5ª, de 28-09-2020 (rec. 123/2020; ECLI: ES:TS:2020:3105), nos ilustra en el siguiente sentido:

Suscitado el debate en la forma expuesta es necesario comenzar por recordar que el recurso a los baremos fijados para accidentes de circulación a los efectos de calcular las indemnizaciones que resultaren procedentes en el ámbito de la responsabilidad de los poderes públicos, ciertamente que han sido utilizados a veces por los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, también por este Tribunal Supremo. El mismo Legislador, ya se dijo, se hace eco de esa posibilidad cuando en el artículo 34.2º de la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, acepta esa posibilidad que, por cierto, no estaba en el artículo 141 de la Ley de Procedimiento de 1992, que regulaba también la indemnización y su cálculo. Sin embargo, es lo cierto que este Tribunal Supremo ha venido también declarando que los mencionados baremos, en el mejor de los supuestos, solo podrían tener un valor orientativo y que, en modo alguno podrían comportar el automatismo en la determinación de las indemnizaciones, como decía la sentencia de 20 de febrero de 2012 (recurso de casación 527/2010) "no son vinculantes y solo tienen un carácter meramente orientativo" (en el mismo sentido, sentencia de 3 de mayo de 2012, recurso de casación 2441/2010). Y nada ha cambiado con la nueva regulación que se estable en el actual artículo que regula la





indemnización que, como se ha expuesto en su transcripción, se limita a proponer que la determinación de la indemnización, que la primera que deba aplicar es la Administración, en su caso, "podrá tomar como referencia "dicho baremo , es decir, ni se impone imperativamente ni, menos aún, de aceptarse ese recurso al baremo, deba ser aplicado en toda su pureza. porque lo que se propone es "tomarlo como referencia" (art. 34.2 ley 40/15)

Resulta así que el baremo para daños causados en la circulación tiene en esta jurisdicción un valor orientativo, no siendo su aplicación ni imperativa ni mimética. Dicho ello, del informe de asistencia médica sólo se sabe que la recurrente preciso puntos de aproximación en la pirámide nasal, sin que sufriera fractura ósea. Por ello, atendiendo a los días que tuvo los puntos y a las consecuencias estéticas que ello pudo causar de manera inevitable (aunque su alcance no está probado), se fija una cantidad de 1000 €, que se reducen a 500 en atención a la concurrencia que ya se expresó, cantidad que devengará el interés legal desde el día 9-7-2018 (fecha de remisión de la reclamación a TELEFÓNICA).

4. Las costas causadas a la Administración demandada serán abonadas por la parte recurrente. No se hace especial pronunciamiento de las costas referidas a TELEFÓNICA al ser parcial la estimación.

FALLO

(1) DESESTIMO el recurso c-a interpuesto por [REDACTED] frente resolución del 26-2-2019 dictada por el alcalde del Ayuntamiento de Málaga (por delegación, el titular de la Asesoría Jurídica), que inadmitió la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la recurrente (4694,86 €).

Las costas causadas al Ayuntamiento de Málaga se imponen a la parte recurrente.

(2) ESTIMO PARCIALMENTE la pretensión de condena dirigida por la recurrente frente a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SA, a quien condeno al abono de la cantidad de 500 €, que devengará el interés legal desde el día 9-7-2018.

Sin costas.

No cabe recurso de apelación.

Así lo acuerda y firma Óscar Pérez Corrales, Magistrado.

"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."



