



Roj: **STSJ AS 2739/2018 - ECLI:ES:TSJAS:2018:2739**

Id Cendoj: **33044330012018100690**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **13/09/2018**

Nº de Recurso: **166/2018**

Nº de Resolución: **689/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE RAMON CHAVES GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.ASTURIAS CON/AD (SEC.UNICA)**

**OVIEDO**

**SENTENCIA: 00689/2018**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**APELACION Nº 166/18**

**APELANTE: AYUNTAMIENTO DE VALDES**

**PROCURADOR: D. MANUEL GARROTE BARBON**

**APELADO: D. Leopoldo (ADHERIDO)**

**PROCURADOR: D. CELSO RODRIGUEZ DE VERA**

**SENTENCIA**

**Ilmos. Sres.:**

**Presidente:**

**D. Antonio Robledo Peña**

**Magistrados:**

**Dña. María José Margareto García**

**D. José Ramón Chaves García**

En Oviedo, a trece de septiembre de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso de apelación número 166/18, interpuesto por el Ayuntamiento de Valdés, representado por el Procurador D. Manuel Garrote Barbón, siendo parte apelada y adherida a la apelación al tiempo D. Leopoldo, representado por el Procurador D. Celso Rodríguez de Vera. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Ramón Chaves García.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El recurso de apelación dimana de los autos de Procedimiento Ordinario nº 84/17 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6 de los de Oviedo.



**SEGUNDO.-** El recurso de apelación se interpuso contra Sentencia de fecha 11 de abril de 2018. Admitido a trámite el recurso se sustanció mediante traslado a las demás partes para formalizar su oposición con el resultado que consta en autos.

**TERCERO.-** Concluida la tramitación de la apelación, el Juzgado elevó las actuaciones. No habiendo solicitado ninguna de las partes el recibimiento a prueba ni la celebración de vista ni conclusiones ni estimándolo necesario la Sala, se declaró el pleito concluso para sentencia. Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso de apelación el día 11 de septiembre pasado, habiéndose observado las prescripciones legales en su tramitación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.-** *Sentencia apelada y posiciones de las partes*

1.1 Es objeto de recurso de apelación por el Ayuntamiento de Valdés, la sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 6 de Oviedo el 11 de abril de 2018, por la que se estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Leopoldo contra la resolución del Ayuntamiento de Valdés de 16 de febrero de 2017, que desestimó la reclamación previa formulada el 5 de agosto de 2016, en reclamación de indemnización de daños y perjuicios cifrados en 149.000 € sufridos como consecuencia de la caída, al introducir la pierna derecha en un registro de alcantarilla sin tapa, situado tras el Instituto Carmen y Severo Ochoa de Luarca. La sentencia estima el recurso parcialmente y reconoce el derecho a ser indemnizado en cuantía de 17.648,41 €.

1.2 El recurso de apelación formulado por el Ayuntamiento de Valdés sustancialmente se centra en esgrimir el error en la valoración de la prueba por la juzgadora de instancia, ya que considera el apelante que no existe deficiente actuación municipal que justifique la responsabilidad por el daño litigioso. Así, el Ayuntamiento considera probado de las testificales e informes policiales que en la zona de la caída "constantemente faltan las tapas de alcantarillas" (testimonio de D<sup>a</sup> Francisca ) y donde "suelen producirse robos de tapas de función con cierta frecuencia" (informe policial), por lo que el apelante considera que tales robos ni son imputables al Ayuntamiento ni tampoco puede tildarse de falta de diligencia el no actuar ante una falta de alcantarillado en el lugar concreto que desconocía y del que tuvo conocimiento el 9 de mayo de 2015, por la mañana, pues el accidente tuvo lugar hacia las 22:00 del día anterior, el 8 de mayo. Asimismo se insistió en que la víctima iba mirando el móvil, lo que revela una falta de cuidado y la causa directa y exclusiva del daño. En consecuencia, tras cita de jurisprudencia y dictámenes de consejos consultivos autonómicos (Castilla y León así como Asturias), se solicita la revocación de la sentencia por ausencia de responsabilidad municipal.

1.3 Por la parte apelada se formuló oposición a la apelación y se formalizó adhesión a la misma, insistiendo en su oposición en que existía plena responsabilidad municipal pues se trataba de una vía abierta al público y que la alcantarilla continuaba sin tapa tres días después de la caída, tratándose de zona urbana y con ostensible peligro para los peatones que paseaban por la zona. Las alegaciones de adhesión tienden a combatir la ausencia de consideración por la sentencia del lucro cesante que cifra en 20.605,20 €, aduciendo el principio de reparación integral y añadiendo que los daños continuados toleran diferir su identificación y cuantificación para el proceso e incluso para la fase de ejecución de sentencia.

Asimismo, el Ayuntamiento de Valdés impugnó la adhesión a la apelación, quien consideró extemporánea la invocación del daño en concepto de lucro cesante en el trámite de conclusiones.

### **SEGUNDO.-** *Marco normativo de responsabilidad patrimonial*

2.1 A nivel jurisprudencial se halla muy consolidada la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, al determinar los elementos necesarios para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de una Administración Pública, en armonía con el vigente art. 32 de la Ley 40/2015, de 1 de Octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que a modo de síntesis serían: a) la lesión patrimonial, equivalente a daño o perjuicio, en la doble modalidad de daño emergente o lucro cesante, lesión que ha de ser real, concreta y susceptible de evaluación económica; b) la lesión ha de ser ilegítima o antijurídica, es decir que el particular no tenga el deber de soportarla; c) debe existir un nexo causal adecuado, inmediato, exclusivo y directo entre la acción u omisión administrativa y el resultado lesivo; y, d) ausencia de fuerza mayor.

Pues bien, en las demandas de responsabilidad patrimonial frente a las Administraciones Públicas resulta crucial acreditar el fundamento de la imputación del daño, precisando si ha funcionado de una forma normal o anormal y, en este último caso, en qué ha consistido esa anomalía. Además, corresponderá la prueba de la concurrencia de todos estos requisitos al que reclama, pues conforme a doctrina jurisprudencial pacífica la presunción de legalidad del acto administrativo desplaza sobre el administrado la carga de accionar, para evitar que se produzca la figura del acto consentido, pero no afecta a la carga de la prueba que ha de regirse por las



reglas generales expresamente formuladas por el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme a las que cada parte ha de probar los hechos que integran el supuesto de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor.

En el ámbito que nos ocupa, es claro que con el mencionado criterio ha de ser el administrado quien soporte la carga de probar los presupuestos fácticos de la responsabilidad patrimonial que impetra porque el carácter objetivo de la misma, si bien la vincula tanto al funcionamiento normal como anormal de los servicios públicos, no excluye la necesidad de justificar sus elementos constitutivos. En suma, la vieja Sentencia del Supremo de 5 de junio de 1997, precisa que "puede, concluirse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios 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. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable".

2.2 En el presente caso estamos ante un supuesto de exigencia de responsabilidad patrimonial, derivada de la actuación de la administración local en relación con la conservación e idoneidad del pavimento del viario y de la protección del alcantarillado. A este respecto, la STS de 15 de Marzo de 2011 (rec. núm. 3669/2009) precisó el ámbito de responsabilidad y culpas que pueden aflorar al enjuiciar la actuación pública: *"la Administración sólo responde de los daños verdaderamente causados por su propia actividad o por sus propios servicios, no de los daños imputables a conductas o hechos ajenos a la organización o a la actividad administrativa; nexos causal que, por lo general, ha de ser directo, inmediato y exclusivo, pero también puede ser indirecto, sobrevenido y concurrente con hechos dañosos de terceros o de la propia"*.

En particular, sobre la posible concurrencia de causas resume la doctrina jurisprudencial la Sentencia de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 27 de Enero de 2003 (rec. núm. 8312/1998), en los siguientes términos: *"Pero es que, además, la jurisprudencia de este Tribunal Supremo viene pronunciándose reiteradamente sobre la posibilidad de que se tenga en cuenta una concurrencia de causas y una consiguiente distribución de responsabilidades. Valga por todas la sentencia de esta Sala 3ª, sección 6ª, del Tribunal Supremo, de 12 de mayo de 1998 en la que tenemos dicho esto: "Aun cuando la jurisprudencia ha venido refiriéndose a un carácter directo, inmediato y exclusivo para caracterizar el nexo causal entre la actividad administrativa y el daño o lesión que debe concurrir para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, la aplicación de esta doctrina no puede ser realizada sin importantes matizaciones que ha llevado a cabo la jurisprudencia más reciente. Así, la sentencia de 25 de enero de 1997 afirma que la imprescindible relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes (aunque admitiendo la posibilidad de una moderación de la responsabilidad en el caso de que intervengan otras causas, la cual debe tenerse en cuenta en el momento de fijarse la indemnización) y esta misma doctrina es reiterada por la de 26 de abril de 1997. Por su parte, la sentencia de 22 de julio de 1988 ya declaró que la nota de «exclusividad» debe ser entendida en sentido relativo y no absoluto como se pretende, pues si esta nota puede exigirse con rigor en supuestos dañosos acaecidos por funcionamiento normal, en los de funcionamiento anormal el hecho de la intervención de un tercero o una concurrencia de concausas imputables unas a la Administración y otras a personas ajenas e incluso al propio perjudicado, imponen criterios de compensación (asumiendo cada una la parte que le corresponde) o de atemperar la indemnización a las características o circunstancias concretas del caso examinado"*.

En consecuencia, la jurisprudencia ha exigido tradicionalmente que el nexo causal sea directo, inmediato y exclusivo, lo cual supone desestimar sistemáticamente todas las pretensiones de indemnización cuando interfiere en aquél, de alguna manera, la culpa de la víctima o de un tercero, aunque procederá la moderación del importe exigido si, finalmente se reconoce la compensación de responsabilidades, llevando a cabo un reparto equitativo de la suma indemnizatoria.

### **TERCERO** .- *Sobre la apelación del Ayuntamiento y su rechazo de la responsabilidad municipal*

3.1 En primer lugar, hemos de partir de la notoria doctrina jurisprudencial relativa a que la valoración de la prueba en la instancia, efectuada bajo los principios de inmediación, contradicción y concentración, ha de ser respetada en la alzada salvo constatación de error manifiesto, arbitrariedad o apartarse de las reglas de la prueba tasada. Ninguna de estas circunstancias se aprecian en la sentencia apelada, que está sobradamente motivada y razonada con detalle, por lo que nos remitimos a su cabal razonamiento.

Así y todo, añadiremos que la apelación se apoya en un testigo que afirma que "constantemente faltan las tapas de alcantarillas" (testimonio de Dª Francisca, folio 42 expte.), de manera que el elocuente adverbio utilizado por el testigo ("Constantemente") demuestra una situación anómala, permanente y que su sola percepción debería llevar a la administración local a extremar la vigilancia de la zona, a controlar la instalación efectiva y correcta de las tapas de alcantarilla y en su caso a señalar prontamente el riesgo detectado; en suma, no



estamos ante una zona donde existe una alcantarilla ocasionalmente destapada sino ante una zona donde se acredita que es frecuente esa situación, lo que encarecía y elevaba el estándar de atención por parte de los servicios municipales.

3.2 Por otra parte, sobre la causa de la falta de la tapa, el Ayuntamiento apelante se apoya en el informe de la arquitecto jefe de la OMT de Valdés que testimonia que "suelen producirse robos de tapas de función con cierta frecuencia" (folio 33 expte.), de manera que nuevamente los términos de tal informe en la medida que son genéricos y especulativos ("suelen"... "cierta frecuencia") y vistos los informes policiales (folios 35 a 38 expte.) no son concluyentes de que la falta de la concreta tapa de alcantarilla vinculada a la caída, hubiese sido objeto de hurto, especialmente si tenemos en cuenta que ni siquiera el hurto o robo de un elemento de mobiliario urbano o de seguridad exonera de responsabilidad a la administración. En efecto, la potestad de policía y tutela de seguridad y salubridad por el Ayuntamiento se extiende a garantizar la seguridad del tránsito por el viario público por parte de los peatones y tal deber se detiene cuando se acredita el cumplimiento del estándar exigible (o sea, que sea técnica y económicamente viable tal tutela municipal); y si existe una oleada de hurtos frecuente o bandas o aprovechados que se dedican a retirar las tapas de alcantarillado, lo suyo no es tolerar la situación y que el servicio público relaje sus obligaciones por tales desaprensivos, sino incrementar la tutela, vigilancia y medidas de reacción policial para detectar los responsables o detectar las deficiencias y actuar en consecuencia. Así pues, en el presente caso, no consta en la alzada que el Ayuntamiento haya demostrado un especial celo ante los supuestos hurtos para incrementar la vigilancia, para contar con la colaboración de la delegación del gobierno o en definitiva, no ha acreditado la puesta en marcha de pesquisas o planes de actuación para que tales situaciones no se repitan; en otras palabras, para poder exonerarse de responsabilidad el Ayuntamiento tenía que haber acreditado la constatación reiterada de tales robos, un escenario de práctica impunidad y que el Ayuntamiento al menos había intentado lo posible con sus medios propios o en coordinación con otras administraciones para poner fin a las tropelías; incluso si el Ayuntamiento confesase su impotencia para frenar los desmanes, lo suyo sería prohibir el tránsito peatonal por la zona por razones de seguridad, antes que lavarse las manos y dejar a la población transitar en escenarios de riesgo.

Por tanto, esta perspectiva del Ayuntamiento apelante ha de ser rechazada ya que existe responsabilidad local.

#### **CUARTO.-** *Sobre la extensión de la cuota de responsabilidad de la víctima y del Ayuntamiento*

Resulta incontrovertido y probado que la víctima iba mirando el móvil al tiempo de introducir la pierna en la alcantarilla desprovista de tapa, lo que confirma su esposa en su declaración como testigo presencial.

La lectura jurídica de este hecho por el apelante y de la adhesión a la apelación es la que cambia. La sentencia apelada aprecia concurrencia de culpas y el Ayuntamiento apelante considera que eso supone la culpa exclusiva de la víctima; para el particular adherido a la apelación, eso no empaña la exclusiva responsabilidad municipal y a lo sumo, se cifraría la cuota de responsabilidad de la víctima en el 20%.

Pues bien, baste indicar que todo usuario de las vías públicas, sean carreteras o aceras, tiene la carga y deber de prestar atención a su uso. La relación jurídico- administrativa entre Administración y usuario se centra en el deber de aquella de mantener las aceras en condiciones de uso y la carga de éste de utilizarlas con mínima atención. En esas condiciones, el peatón es muy libre de ir mirando el móvil, leyendo el periódico u observando el cielo pero ello encierra una conducta de riesgo que asume, ante la notoria eventualidad de que el pavimento de forma sobrevenida (con culpa o no municipal) ofrezca sustancias o desperfectos anómalos. Es innegable que cuando se atiende o examina la pantalla del móvil, la atención del usuario se focaliza en el mismo y consiguientemente se relaja el cuidado y percepción del contexto y lugar de paso, lo que incrementa el riesgo de tropezones, caídas o colisiones con otros peatones.

Por eso, la sentencia de instancia zanja correctamente el caso apreciando concurrencia de culpas y que sitúa a cargo del demandante en el 65 %, monto superior al de responsabilidad de la Administración puesto que, como la sentencia constata y razona con sensato criterio, *"a las 22 horas había luz natural, además al tratarse de una zona residual la iluminación exigible tampoco sería igual que en una zona de gran afluencia de patones"*, y situando la responsabilidad culposa de la víctima en que *"como declara la testigo que le acompañaba, el recurrente iba mirando el móvil y era hecho conocido, tanto por la testigo como por el recurrente, que en esa zona faltan las tapas de las alcantarillas, lo que exigía un mayor diligencia en el caminar. Además, como se aprecia en las fotografías aportadas, a la vista del tamaño de la arqueta... resultaba fácilmente visible de llevar la atención debida"*.

Por lo expuesto han de rechazarse ambas tesis de administración apelante y del particular adherido en relación con la cuota respectiva de la responsabilidad que les asiste.

#### **QUINTO.-** *Sobre la valoración de los daños reclamada por el particular en su adhesión*



La adhesión a la apelación al amparo del art. 85.4 LJCA ha de ser admitida cuando existe una sentencia perjudicial para el apelado, pese a la oposición municipal, puesto que es la ocasión que brinda la legislación procesal en los supuestos como el de autos, en que existe una estimación parcial, para brindar a la parte la mejor defensa convertida en ataque, pese a que inicialmente consentía en la sentencia.

Ahora bien, la pretensión en apelación de que se incluya el concepto de lucro cesante entre los daños a indemnizar so pretexto del principio de reparación integral del daño, resulta inaceptable. En efecto, el principio de reparación integral del daño es un principio material del instituto de responsabilidad patrimonial pero que no anula ni evita la observancia de las reglas procesales. De ahí que la pretensión de indemnización en casos como el de autos, en que se no se anuda a un acto ilícito preexistente, sino que deriva de una deficiente prestación de servicio público, es carga del reclamante ejercer su acción en vía administrativa dentro del año siguiente a su producción y reiterar en demanda los conceptos y cuantías reclamados. Ello por elemental principio de igualdad de armas y efecto útil del proceso, ya que es inaceptable una suerte de proceso deslizando donde la parte recurrente pueda ir introduciendo conceptos indemnizatorios conforme avanza el mismo, o como es el caso, una vez ultimada la fase de prueba.

En suma, en el caso de autos, el concepto de lucro cesante, que no encaja en el forzado de daño continuado, no fue objeto de reclamación previa en vía administrativa in tampoco identificado, descrito y cuantificado en demanda, por lo que su incorporación en conclusiones incurre en desviación procesal y por ello fue correctamente rechazado por la sentencia apelada. Ello en armonía con el criterio de la STS de 15 de abril de 2013 (rec. núm. 4610/2011), que recuerda que " *tampoco en el trámite de vista o de conclusiones pueden suscitarse cuestiones nuevas que no se hayan planteado en los escritos de demanda y contestación*".

Por lo expuesto ha de rechazarse íntegramente tanto la apelación como la adhesión a la apelación.

**SEXTO.-** El rechazo de la apelación y de la adhesión conlleva que cada parte peche con sus propias costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Desestimar el recurso de apelación formulado por el Ayuntamiento de Valdés, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 6 de Oviedo el 11 de abril de 2018, por la que se estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Leopoldo contra la resolución del Ayuntamiento de Valdés de 16 de febrero de 2017, que desestimó la reclamación previa formulada el 5 de agosto de 2016 en reclamación de indemnización de daños y perjuicios cifrados en 149.000 € sufridos como consecuencia de la caída al introducir la pierna derecha en un registro de alcantarilla sin tapa situado tras el Instituto Carmen y Severo Ochoa de Luarca.

Desestimar la adhesión a la apelación formalizada por D. Leopoldo .

Se confirma la sentencia apelada en su integridad. No se imponen costas.

Contra la presente resolución cabe interponer ante esta Sala, RECURSO DE CASACION en el término de TREINTA DIAS, para ser resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo si se denuncia la infracción de legislación estatal o por esta Sala de lo Contencioso Administrativo de este TSJ si es legislación autonómica.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, la pronunciamos, mandamos y firmamos.