

328/2015



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

JDO. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 6 DE MÁLAGA

C/ Fiscal Luis Portero García s/n

Tel.: (Genérico): 951939076 Fax: 951939176

N.I.G.: 2906745020160002370

Procedimiento: Procedimiento abreviado 316/2016. Negociado: 6

Recurrente:

Procurador: JESUS OLMEDO CHELI

Demandado/os: AYUNTAMIENTO DE MALAGA y EMPRESA MUNICIPAL DE AGUAS DE MALAGA SA

Letrados: S.J.AYUNT. MALAGA

Acto recurrido: (Organismo: AYUNTAMIENTO DE MALAGA)

SENTENCIA Nº 124 /2018

En la ciudad de Málaga a 20 de marzo 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 316/2016 tramitado por el cauce del Procedimiento Abreviado, interpuesto por [REDACTED], representado y asistido en autos por el Procurador de los Tribunales Sr. Olmedo Cheli el Letrado Sr. Rodríguez Mirasol, contra en principio la desestimación presunta y, más tarde y por AMPLIACIÓN, contra Decreto dictado por el Ayuntamiento de Málaga inadmitiendo reclamación de responsabilidad patrimonial, asistida la administración municipal por el Letrado Sr. Ibáñez Molina, personada como codemandada en autos la empresa municipal de aguas "EMASA", representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Fenech Ramos y con la asistencia de la Letrada Sra. Escalante Domínguez, siendo la cuantía del recurso de 4.866,12 euros, resultan los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Con fecha 14 de junio de 2016 se presentó, en origen y ante el Decanato del partido judicial de Málaga, escrito por el Procurador de los Tribunales Sr. Olmedo Cheli en nombre del recurrente arriba citado y en la que se presentaba demanda contra la desestimación presunta de reclamación de responsabilidad patrimonial de la administración presentada ante el Ayuntamiento de Málaga presentada el 23 de octubre de 2015. En dicho escrito, además de acompañar los hechos y razones que estimó oportunos, Interpeló por contraria a derecho la pasividad municipal instando la condena de la recurrida al pago del principal señalado más intereses desde la interposición, todo ello con la imposición de costas.

Una vez subsanados los defectos señalados, AMPLIADAS LAS ACTUACIONES durante la tramitación a la resolución de 31 de mayo de 2016 por la que se inadmitió la reclamación, se admitió a trámite señalándose para vista el 14 de marzo de 2018, el acto se llevó a cabo con el desarrollo de los trámites

1

Código Seguro de verificación: /ay2XcPDx6Ws7d4uSXz+3w==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE OSCAR ROLDAN MONTIEL 22/03/2018 13:48:04	FECHA	22/03/2018
	MARIA MERCEDES SAN MARTIN ORTEGA 22/03/2018 14:11:59		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	1/9
/ay2XcPDx6Ws7d4uSXz+3w==			



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En los autos que aquí se dilucidan, el recurrente fundaba su acción, acudiendo a la esencia del relato fáctico de su escrito rector TRAS LA AMPLIACION, que el 17 de diciembre de 2014 al cruzar la calle Cómputa de esta ciudad a la altura del paso de cebra pisó una alcantarilla que estaba en bastante mal estado de mantenimiento y conservación provocando su torcedura del tobillo izquierdo y posterior caída al suelo. Tras dicha ampliación contra la resolución expresa, EMASA les dijo que eran los competentes pero no han dado respuesta a ello. La alcantarilla, que estaba en deficiente estado totalmente suelta con una profundidad de más de seis cm y totalmente suelta, metió el pie en la alcantarilla derivaron las lesiones por el daño corporal conforme el informe pericial. Si estimatoria contra el ayuntamiento pues no se dice absolutamente nada y además tiene el deber de cuidado dado el mal estado de la misma; e igualmente a EMASA.

Estimando que las lesiones sufridas fueron responsabilidad municipal por la falta de cuidado de dicha arqueta, por todo ello, se ejercitaba la reclamación instando el dictado de sentencia estimatoria CONDENATORIA DE AMBAS DEMANDADAS en su escrito rector, con los pronunciamientos ya adelantados en los Hechos de la presente resolución.

Por su parte, mostrando su disconformidad rotunda se encontraba la representación procesal del Ayuntamiento de Málaga. Aún cuando el recurrente sufrió unas lesiones, de las mismas no era responsable la administración municipal al carecer la misma de responsabilidad y ser, en todo caso, de la titular de la alcantarilla que no era otro que EMASA, remitiéndose para ello a la reiterada doctrina jurisprudencial como la proclamada en la sentencia 31 de mayo de 2016. La responsabilidad patrimonial no era imputable al Ayuntamiento, a lo sumo a EMASA sts 16 de octubre de 2016 buscar. Subsidiariamente, no debía entrarse en el fondo y la resolución acordó la inadmisión y remisión a EMASA. Por ello, a resultas de dichos motivos, se reclamaba el dictado de sentencia desestimatoria en todos sus extremos con la condena en costas a la demandante.

En tercer lugar, personada en autos como codemandada EMASA, su representación se adhirió a lo manifestado por la administración. No constaba que la recurrente hubiese dirigido a la empresa municipal de aguas. Entrando en el fondo: prescripción 17 de octubre de 2014 hasta que se recibe demanda de la parte actora. EMASA NO es responsable, en las fotos se ve que es un espacio no

Código Seguro de verificación: /ay2XcPDX6Ws7d4uSXz+3w==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

Código Seguro de verificación: /ay2XcPDX6Ws7d4uSXz+3w==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verificamv2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.				
FIRMADO POR	JOSE OSCAR ROLDAN MONTIEL 22/03/2018 13:48:04		FECHA	22/03/2018
	MARIA MERCEDES SAN MARTIN ORTEGA 22/03/2018 14:11:59			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	/ay2XcPDX6Ws7d4uSXz+3w==	PÁGINA	2/9
 /ay2XcPDX6Ws7d4uSXz+3w==				



/ay2XcPDX6Ws7d4uSXz+3w==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

transitable: no es en el paso de peatones sino de vehículos. El defecto además no estaba en la arqueta sino en el pavimento de la calzada afectada con obras del metro de Málaga. Por ello, no existiendo nexo causal con ninguna actuación de la empresa municipal, se reclamó el dictado de sentencia desestimatoria.

SEGUNDO.- Sobre la inicial cuestión debatida cual es la concurrencia o no de un supuesto de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Málaga, resulta necesario partir de la jurisprudencia atinente al caso que nos ocupa. 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

Código Seguro de verificación: /ay2XcPDX6Ws7d4uSXz+3w==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://vs121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE OSCAR ROLDAN MONTIEL 22/03/2018 13:48:04	FECHA	22/03/2018
	MARIA MERCEDES SAN MARTIN ORTEGA 22/03/2018 14:11:59		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	3/9



/ay2XcPDX6Ws7d4uSXz+3w==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

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.- Por otra parte, y como ya dijo este juzgador en otras resoluciones con una situación subjetiva más que parecida a la actual y por deber de coherencia, es necesario recordar, ante la existencia de un indubitado contrato administrativo de servicios entre el Ayuntamiento de Málaga y la mercantil EMASA. La Sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2.003, en relación con el antiguo artículo 134 del Reglamento de Contratos del Estado que establecía que será de cuenta del contratista indemnizar todos los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución de las obras. Cuando tales perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en la ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. También será ésta responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de vicios del proyecto. Las reclamaciones de los terceros se

Código Seguro de verificación: /ay2XcPDX6Ws7d4uSXz+3w==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE OSCAR ROLDAN MONTIEL 22/03/2018 13:48:04		FECHA	22/03/2018
	MARIA MERCEDES SAN MARTIN ORTEGA 22/03/2018 14:11:59			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	/ay2XcPDX6Ws7d4uSXz+3w==	PÁGINA	4/9


/ay2XcPDX6Ws7d4uSXz+3w==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

presentarán en todo caso en el término de un año ante el órgano de contratación que decidirá en el acuerdo que dicte, oído el contratista, sobre la procedencia de aquéllas, su cuantía y la parte responsable. Contra su acuerdo podrá interponerse recurso ante la Jurisdicción Contencioso- Administrativa". En la jurisprudencia de este Tribunal Supremo han venido conviviendo dos líneas jurisprudenciales y así lo recuerda la sentencia de 6 de octubre de 1994 : "Una tesis que es la de la sentencia ahora recurrida, ha entendido que el art. 134 habilita al particular lesionado para exigir de la Administración contratante, titular de la obra pública, en régimen objetivo y directo, la indemnización por los daños derivados de la obra en trance de ejecución, realizada a través de contratista interpuesto, debiendo la Administración si se dan los requisitos de responsabilidad abonar la indemnización al dañado sin perjuicio de su derecho de repetición frente al contratista. Esta es la tesis mantenida por el Consejo de Estado en sus dictámenes de 18 de junio de 1970 y 12 de junio de 1973, y la mantenida, como se ha dicho ya, por la sentencia ahora recurrida de la Audiencia Nacional, que se remite al dictamen de 18 de junio de 1970 . La segunda tesis es la que interpreta el art. 134 según su literalidad, es decir, como una acción dirigida a obtener un pronunciamiento sobre la responsabilidad en atención al reparto de la carga indemnizatoria en los términos del propio precepto; es decir, que la Administración declarará que la responsabilidad es del contratista, salvo que exista una orden de aquélla que haya provocado el daño o salvo que el mismo se refiera a vicios del proyecto. En los demás supuestos la reclamación, dirigida ante el órgano de contratación, será resuelta por la Administración, decidiendo la responsabilidad que debe ser satisfecha por el contratista", tesis que mantienen también las sentencias entre otras de 19 de febrero de 2002 y 11 de julio de 1995. Esta segunda línea jurisprudencial, afirma la sentencia de 30 de abril de 2001, es la tesis correcta a juicio de nuestra Sala "no sólo porque el texto del artículo 134 citado es clarísimo en su misma redacción literal, pues carece de sentido -pues atenta el principio de economía procesal- que, teniendo como tiene la Administración potestad de interpretar el contrato, y por tanto las incidencias habidas en el mismo, tenga que abrirse una nueva vía administrativa, en su caso procesal, para que el pago se haga efectivo". Debe señalarse que el artículo 98 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, texto vigente según la fecha en que ocurrieron los hechos establecía igualmente que sería obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción civil. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto. Y en el mismo sentido se pronuncia el artículo 97 del Real Decreto

Código Seguro de verificación: /ay2XcPDX6Ws7d4uSXz+3w==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE OSCAR ROLDAN MONTIEL 22/03/2018 13:48:04	FECHA	22/03/2018
	MARIA MERCEDES SAN MARTIN ORTEGA 22/03/2018 14:11:59		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	5/9
			
/ay2XcPDX6Ws7d4uSXz+3w==			



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Es cierto que cuando el Órgano de Contratación, dicha responsabilidad omitiendo todo procedimiento para reclamar la responsabilidad al contratista este Tribunal en Sentencia de 16 noviembre de 2.000 ha entendido que el procedimiento era que estableció en su día el artículo 123 de la Ley de Expropiación Forzosa : según el cual "Cuando se trate de servicios concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión, en la forma prevista en el párrafo 2 del artículo 122 , la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quien debe pagarla, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 121 . Esta resolución dejará abierta la vía contencioso- administrativa, que podrá utilizar el particular o el concesionario, en su caso". Este precepto, complementado por el artículo 137 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa (hoy derogado por Real Decreto 429/1993, de 26 marzo), regula así un procedimiento especial que se aparta de las reglas ordinarias, constituyendo a la Administración en árbitro entre el particular reclamante y el concesionario del servicio público causante de la lesión y permitiendo la posterior revisión por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de la resolución que se dictare, bien a instancia del particular o del concesionario. Por otro lado, la Administración ante quien se dirige la reclamación, debe pronunciarse, en primer término, por la procedencia de la indemnización, según se derive o no del servicio público concedido la lesión sufrida por el particular, y, caso de estimar procedente aquélla, optar entre hacerse cargo de su pago o imponer tal obligación al concesionario.

En el presente supuesto litigioso y así consta en el expediente administrativo aquí unido como prueba documental, por el Ayuntamiento de Málaga se refirió la existencia de gestión indirecta en concreto la gestión del alcantarillado con "EMASA, SA"; declarando el Ayuntamiento de Málaga la existencia de dicha relación, aún cuando no lo decía de forma expresa, se trasladaba por la entidad municipal toda la responsabilidad a la sociedad municipal debidamente emplazada y personada de estos autos.

Así pues, la Administración ha seguido el procedimiento que le impone el artículo 97.3 del TRLCAP, quedando acreditada la existencia de un concesionario (Informe de los Servicios Técnicos de que consta en el expediente administrativo), constando igualmente en el expediente tramitado al efecto que se ha dado audiencia a la empresa concesionaria sin que EMASA apareciese tampoco en la previa vía administrativa cuando era perfectamente conocedora de la notificación municipal por lo que, de apreciarse eventualmente la relación de causalidad debería condenarse a ésta, para el caso de haber comparecido en autos como codemandada por la recurrente en estos autos.

Y en este sentido la jurisprudencia más reciente (STS de 31 de julio de 1989, 25 de enero de 1992, 19 de septiembre de 2002 y de 23 de abril de 2003 entre otras) determina que "La Administración-persona jurídica y el empresario contratista son personas distintas. Tanto una como otra gozan de personalidad jurídica propia e irreductible. El empresario gestor del servicio público no es la Administración. La específica relación existente entre la Administración y el contratista es de carácter contractual...; aunque sobre tal relación inciden otras potestades administrativas derivadas de la legislación general o sectorial. Como enseña la doctrina, el contrato

Código Seguro de verificación: /ay2XcPDX6Ws7d4uSXz+3w==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificamav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE OSCAR ROLDAN MONTIEL 22/03/2018 13:48:04	FECHA	22/03/2018
	MARIA MERCEDES SAN MARTIN ORTEGA 22/03/2018 14:11:59		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es /ay2XcPDX6Ws7d4uSXz+3w==	PÁGINA	6/9



/ay2XcPDX6Ws7d4uSXz+3w==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

no tiene por objeto, ni conlleva, la integración del empresario contratista en la estructura administrativa (...). En definitiva, al no darse la integración del concesionario o contratista en la Administración persona jurídica debe afirmarse que los actos de aquél no son, en principio, imputables jurídicamente a la Administración Pública".

Ahora bien, también es doctrina jurisprudencial la que regula el posible alcance a la administración contratante en los casos de continuada mala ejecución de un contrato público. A modo de ejemplo basta recordar la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo 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".

Con dicha base legal y jurisprudencial y descendiendo nuevamente al supuesto de autos, resulta que, a diferencia del supuesto traído a colación por la representación municipal (la sentencia nº 402/2013 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 2 de la que fue redactor quien hoy también aquí resuelve), resulta que el Ayuntamiento de Málaga instó hasta en tres ocasiones a "EMASA" para que se pronunciase sobre sí la arqueta era de su responsabilidad (folios 41 a 43). Y cuando la citada entidad contestó, no lo hizo de forma clara; ni mucho menos correcta en derecho. Para empezar no dijo nada en cuanto al título por el que podría ser obligada. Pero, sobre todo, erigiéndose en parte y juez como si de una administración pública se tratase, dijo en su escrito de contestación de 26 de mayo de 2016 (folio 44) que le correspondía a ella la "tramitación y resolución" de la reclamación. De esta forma el interés de parte, siendo una empresa contratista pero no una administración, privaba a la misma de cualquier viso de objetividad e imparcialidad de la que las administraciones públicas deben hacer gala conforme el art. 103.2 de la CE. Y al admitir eso el Ayuntamiento de Málaga, inhibiéndose directamente, le estaba dando carta de naturaleza a dicha anómala acumulación de la condición de "parte y juez" a la hoy codemandada. Es más, en la actual Ley 39/2015 de 1 de octubre de PAC, su artículo 82.5 señala que en los procedimientos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere el apartado 9 del Art. 32, Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, será necesario en todo caso dar audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba. Pero no le confiere a la citada contratista dicha doble condición que, a lo sumo, le correspondería con la actual y con la anterior legislación (y por pura lógica del derecho), a la administración municipal contratante (Ayuntamiento de Málaga).

Código Seguro de verificación: /ay2XcPDx6Ws7d4uSXz+3w==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 58/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE OSCAR ROLDAN MONTIEL 22/03/2018 13:48:04	FECHA	22/03/2018
	MARIA MERCEDES SAN MARTIN ORTEGA 22/03/2018 14:11:59		
ID, FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	7/9



/ay2XcPDx6Ws7d4uSXz+3w==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Es por ello que la inhibición automática acordada por la resolución es contraria a derecho, debiendo estimarse parcialmente el recurso contencioso, lo cual trae consigo la anulación del Decreto de 31 de mayo de 2016, con retroacción de actuaciones al momento del reconocimiento por la codemandada de su legitimación (que no competencia para tramitar y resolver la reclamación), para que por la administración contratante se le de trámite de audiencia y resuelva lo que en derecho convenga.

No obsta lo anterior la excepción de prescripción esgrimida por la codemandada al tiempo de su contestación. Producida la caída el 17 de diciembre de 2014; interpuesta la reclamación el 26 de octubre de 2015, el año de prescripción del entonces vigentes 142.5 de la Ley 30/1992 se interrumpía y reiniciaba. Y ante las peticiones de información de la administración municipal a EMASA de 26 de noviembre de 2015, 8 de febrero de 2016 y 20 de mayo de 2016, a las dos primeras y de forma intencionada "EMASA" dio la llamada por respuesta siendo al tercer requerimiento por el Servicio de Gestión de Reclamaciones Patrimoniales del Ayuntamiento de Málaga cuando por fin EMASA dio una respuesta reconociendo la necesidad de su intervención (folios 41 a 44). Es desde esa fecha cuando se vuelve a interrumpir la prescripción. Más tarde, al solicitar la ampliación de las actuaciones y admitirse la misma el 22 de septiembre de 2016, por el recurrente se instó acción de reclamación no solo contra el Ayuntamiento de Málaga sino y también contra EMASA". Estando fijada la vista para el 14 de marzo de 2018, la tramitación del recurso contencioso interrumpe dicho plazo de un año y, con la celebración de la vista y sobre todo con el dictado de la presente, se vuelve a iniciar el mismo, quedando pendiente del resultado de lo tramitado y decidido por el Ayuntamiento de Málaga.

CUARTO.- Por último, de conformidad con lo dispuesto en artículo 139 LJCA vigente al tiempo de la interposición del recurso, el vencimiento objetivo, la estimación parcial así como la total ausencia de temeridad o mala fe procesal en el actuar de los litigantes, trae consigo la NO imposición de costas a ninguna de ellas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, procede dictar el siguiente

FALLO

Que en el Procedimiento Abreviado 316/2016 instado por el Procurador de los Tribunales Sr. Olmedo Chell en nombre y representación de [REDACTED], contra la desestimación presunta por el Ayuntamiento de Málaga de reclamación de responsabilidad patrimonial de la administración identificada en los antecedentes en el expediente nº 328/15 del Ayuntamiento de Málaga, asistida la administración municipal por el Letrado Sr. Ibáñez Molina, y personada como codemandada la entidad "EMASA" bajo la representación de la Procuradora de los Tribunales Sra. Fenech Ramos, debo ESTIMAR y ESTIMO PARCIALMENTE el recurso interpuesto, y por ello, anular el Decreto de 31 de mayo de 2016 para que, con retroacción de actuaciones, la administración municipal de trámite a la

Código Seguro de verificación: /ay2XcPDX6Ws7d4uSXz+3w==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificamv2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE OSCAR ROLDAN MONTIEL 22/03/2018 13:48:04	FECHA	22/03/2018
	MARIA MERCEDES SAN MARTIN ORTEGA 22/03/2018 14:11:59		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es /ay2XcPDX6Ws7d4uSXz+3w==	PÁGINA	8/9


/ay2XcPDX6Ws7d4uSXz+3w==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

codemandada para alegaciones, resolviendo finalmente lo que en derecho procesa. Todo lo anterior SIN expresa condena en costas a ninguno de los litigantes.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma **NO cabe recurso de apelación** atendida la cuantía de los autos (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.

Código Seguro de verificación: /ay2XcPDX6Ws7d4uSXz+3w==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://vs121.juntadeandalucia.es/verificamav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE OSCAR ROLDAN MONTIEL 22/03/2018 13:48:04	FECHA	22/03/2018
	MARIA MERCEDES SAN MARTIN ORTEGA 22/03/2018 14:11:59		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	9/9



