



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº7 DE MÁLAGA

C/ FISCAL LUIS PORTERO GARCIA S/N

Tel.: 951938460/951938310/951938525 Fax: 951939177- cuenta 4333

N.I.G.: 2906745320180002655

Procedimiento: Procedimiento abreviado 388/2018. Negociado: B

Recurrente:

Letrado: MARIA FELISA GAÑAN GUTIERREZ

Procurador: MARIA CRISTINA PORTILLO GUTIERREZ

Demandado/os: AYUNTAMIENTO MÁLAGA y FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS SA

Letrados: S.J.AYUNT. MÁLAGA

Acto recurrido: (Organismo: ayuntamiento malaga)

SENTENCIA NÚM. 173/2020

En la ciudad de Málaga, a 22 de mayo de 2020.

El magistrado titular de este Juzgado, Ilmo. Sr. D. José Luis Franco Llorente, ha visto el recurso contencioso-administrativo número 388/2018, interpuesto por [REDACTED] representada por la procuradora D.ª María Cristina Portillo Gutiérrez y defendida por la letrada D.ª María Felisa Gañán Gutiérrez, contra el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, representado y defendido por el letrado de sus servicios jurídicos, y contra FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., no personada en autos, de cuantía seiscientos sesenta y cinco (665) euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación de [REDACTED] interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Málaga de 7 de marzo de 2018, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la dictada el 8 de enero de 2018 en el expediente 305/17, que inadmitió la reclamación presentada el 14 de septiembre de 2017 para la indemnización de los daños sufridos por la reclamante al caer sobre ella la rama de una palmera, cuando caminaba hacia las 12,15 horas del 28 de junio de 2017 a la altura del número 36 de la Alameda de Colón, de esta ciudad.

SEGUNDO.- Subsanados los defectos del escrito inicial, se acordó reclamar el expediente administrativo y señalar día para la vista, que se celebró el 11 de marzo de 2020 con la





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

asistencia de las representaciones y defensas de la actora y del Ayuntamiento de Málaga, no compareciendo la codemandada FCC.

En el juicio, tras ratificarse la recurrente en su demanda y oponerse a ella el Ayuntamiento demandado se practicaron las pruebas que, propuestas por las partes, fueron declaradas pertinentes.

Y después de manifestar lo que tuvieron por conveniente en apoyo de sus respectivas pretensiones, se acordó dejar los autos conclusos para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales esenciales a excepción del plazo para dictar sentencia, por la acumulación de asuntos pendientes de resolución.

A los que son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-OBJETO DEL RECURSO.

Dirige la demandante su recurso contra la resolución del Ayuntamiento de Málaga que inadmitió la reclamación presentada para la indemnización de los daños corporales sufridos al caer sobre ella la rama de una palmera, cuando caminaba hacia las 12,15 horas del 28 de junio de 2017 a la altura del número 36 de la Alameda de Colón, de esta ciudad.

La accidentada sufrió un traumatismo en el antebrazo derecho por el que habría recibido curas locales durante dos semanas, quedándole como secuela un perjuicio estético ligero (un punto), por lo que reclama seiscientos sesenta y cinco (665) euros, aplicando el baremo de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

El Ayuntamiento opone que la responsabilidad del daño debe exigirse, en su caso, a la contratista del servicio de mantenimiento de zonas verdes en el municipio de Málaga, la codemandada Fomento de Construcciones y Contratas, S.A., que no se ha personado en el recurso.

SEGUNDO.- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN, EN GENERAL.





La responsabilidad patrimonial de la Administración, configurada inicialmente en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (artículos 121 y 122) y en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 (artículos 40 y 41), adquirió relevancia constitucional en los artículos 9 y 106.2 de la Constitución de 1978, pasando a desarrollarse después en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Título X) y en el RD 429/1993, de 26 marzo, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, y actualmente en los artículos 32 al 35 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), con las especialidades procedimentales contenidas en varios preceptos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

El fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración se encontraba inicialmente en el ejercicio ilegal de sus potestades o en la actuación culposa de sus funcionarios, por lo que se configuraba con carácter subsidiario, pero actualmente, y sin perjuicio de admitir en algunos supuestos otro fundamento, se considera que si la actuación administrativa tiene por objeto beneficiar con mayor o menor intensidad a todos los ciudadanos, lo justo es que si con ello se causa algún perjuicio, éste se distribuya también entre todos, de forma que el dato objetivo de la causación de una lesión antijurídica por la actuación de la Administración constituye ahora el fundamento de su responsabilidad. La responsabilidad surge, por tanto, con el perjuicio que se causa, independientemente de que éste se haya debido a una actuación lícita o ilícita de los poderes públicos, y de quién haya sido concretamente su causante.

Son elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración los siguientes: 1º) la existencia de una lesión patrimonial (daño o perjuicio), en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente, que ha de ser real y efectivo, nunca potencial o futuro; 2º) la lesión como daño ilegítimo, que sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportarlo; 3º) la existencia de vinculación causal entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración, exigiéndose la prueba de la causa concreta que determina el daño o, lo que es lo mismo, de la conexión entre la actuación administrativa y el daño real ocasionado, y 4º) no es preciso exista culpa o negligencia, pues como ha declarado reiteradamente la Sala Tercera del Tribunal Supremo (así, en Sentencias 14 mayo, 4 junio, 2 julio, 27 septiembre, 7 noviembre y 19 noviembre 1994, 11, 25 y 28 febrero 1995, entre otras muchas), la responsabilidad patrimonial de la Administración se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado, en la que incluso es indiferente que la actuación





administrativa haya sido normal o anormal, 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.

Según la STS de 28 de enero de 1986, lo que se pretende es que «la colectividad representada por el Estado asuma la reparación de los daños individualizados que produzca el funcionamiento de los servicios públicos por constituir cargas imputables al coste del mismo en justa correspondencia a los beneficios generales que dichos servicios reportan a la comunidad»; o, como señala la STS 2 de Junio de 1994, "configurada legal y jurisprudencialmente la responsabilidad patrimonial del Estado con la naturaleza de objetiva, de manera que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos debe ser, en principio, indemnizada, porque de otro modo se produciría un sacrificio individual en favor de una actividad de interés público que debe ser soportada por la comunidad". Debe, pues, 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.

TERCERO.- CAUSALIDAD.

Mantiene la actora que el siniestro se produjo al caer sobre ella la rama de una palmera ubicada en la Alameda de Colón, de esta ciudad.

Aporta varias fotografías que muestran la rama en el suelo, y el antebrazo de la accidentada con lesiones evidentes.

En el juicio declaró como testigo una persona, de la que no consta tuviera relación previa con la reclamante, quien manifestó que vio caer la hoja de la palmera sobre la Sra. Pinteño.

CUARTO.- RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA.

A) EN GENERAL.

La posición jurisprudencial dominante respecto de las responsabilidades de la Administración y del contratista se expone, entre otras, en la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2009 (Pte: Huelin Martínez de Velasco, Joaquín), que analizó la cuestión en los siguientes términos:

"..PRIMERO .- La Administración del Estado ... entiende que, conforme al artículo 98 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (actualmente artículo 97 del texto





refundido aprobado por Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio), debe responder la compañía adjudicataria, que ejecutó las obras, pues aquellos daños no fueron consecuencia inmediata y directa de una orden suya ni de los vicios del proyecto, sino de la forma en que la contratista las llevó a cabo.

Como se ve, el debate que se suscita en el actual recurso de casación es muy preciso, para cuya resolución se ha de tener en cuenta la exégesis de la jurisprudencia sobre tal precepto legal, que reproduce casi literalmente el texto de su predecesor, el artículo 134 del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre).

SEGUNDO.- Interpretando aquellos preceptos, así como el artículo 121, apartado 2, de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, la jurisprudencia (sentencias de 20 de junio de 2006 (casación 1344/02, FJ 4º); 22 de mayo de 2007 (casación 6510/03, FJ 3º; y 16 de marzo de 2009 (casación 10236/04, FJ 5º) ha proclamado la regla general de responsabilidad del adjudicatario por los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de la ejecución de un contrato de obras, debido a que su intervención rompe el nexo causal, exonerando a la Administración. Ahora bien, por excepción, teniendo en cuenta la titularidad administrativa de la operación y el fin público que trata de satisfacer, responde la Administración contratante cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de sus órdenes o de los vicios del proyecto. En la noción de «órdenes» se ha de integrar el proyecto mismo, si los perjuicios causados son consecuencia de su naturaleza y alcance, y no de su forma de ejecución o de los defectos en su puesta en práctica (véanse las sentencias de 9 de mayo de 1995 (casación 527/93, FJ 5º); 11 de julio de 1995 (casación 303/93, FJ 5º); y 8 de julio de 2000 (casación 2731/96, FJ 4º).

Los indicados preceptos imponen a la Administración una estricta disciplina de procedimiento. Cabe que los perjudicados, conforme les autoriza el apartado 3 del artículo 98 de la Ley 13/1995 (y les autorizaba el último párrafo del artículo 134 del Reglamento General de Contratación), se dirijan al órgano de contratación para que, previa audiencia del contratista, se pronuncie sobre a quién (este último o la Administración misma) le toca responder de los daños, decisión susceptible de las impugnaciones administrativas y jurisdiccionales que procedan (artículo 107 de la Ley 30/1992, 106, apartado 1, de la Constitución, 1 y 25 de la Ley 29/1998). Si resuelve que la responsabilidad es del primero, el órgano de contratación dejará expedita la vía para que los perjudicados se dirijan contra él; en otro caso, seguirá el cauce establecido en el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo), porque así lo dispone su artículo 1, apartado 3 (véase la sentencia de 22 de mayo de 2007, ya citada, FJ 3º).

Dado que el apartado 3 del artículo 98 de la Ley 13/1995 configura como una facultad la posibilidad de los terceros perjudicados de dirigirse al órgano de contratación para que se pronuncie sobre el sujeto responsable, cabe también que reclamen directamente a la Administración contratante al amparo de los artículos 106, apartado 2, de la Constitución y 139 de la Ley 30/1992. En esta tesitura, dicha Administración puede optar entre dos alternativas: considerar que concurren los requisitos para declarar la existencia de responsabilidad o estimar que están ausentes y que, por lo tanto, no procede esa declaración; en la primera hipótesis pueden ofrecerse, a su vez, dos salidas posibles; a saber: entender que la responsabilidad corresponde al contratista o que, por darse los supuestos que contempla el apartado 2 del repetido artículo 98, sea ella misma quien tiene que hacer frente a la reparación. En este último caso así lo acordará y en el otro deberá reconducir a los interesados hacia el cauce adecuado, abriéndoles el camino para que hagan efectivo su derecho ante el adjudicatario responsable.

Desde luego, está fuera de lugar que, ante tal eventualidad, se limite a declarar su irresponsabilidad, cerrando a los perjudicados las puertas para actuar contra la empresa





obligada a resarcirles. Así se lo impiden, no sólo el espíritu del artículo 98 de la Ley 13/1995, que quiere un previo pronunciamiento administrativo sobre la imputación del daño, cualquiera que sea el modo en que se suscite la cuestión, sino principios básicos de nuestro sistema administrativo en general, como los de buena fe y confianza legítima (artículo 3, apartado 1, de la Ley 30/1992), y de su procedimiento en particular, que obligan a impulsarlo de oficio y a poner en conocimiento de los interesados los defectos de que adolecieren sus actos a fin de que los subsanen en tiempo oportuno (artículos 71, 74, apartado 1, y 76, apartado 2, de la misma Ley).

Estas exigencias resultan aún más intensas cuando, incumpliendo su deber de resolver (artículo 42 de la repetida Ley), la Administración da la llamada por respuesta. Tal pasividad, que hurta al ciudadano la contestación a la que tiene derecho, permite interpretar que la Administración ha considerado inexistente la responsabilidad del contratista, al que no ha estimado pertinente oír y sobre cuya conducta ha omitido todo juicio, debiendo entenderse que, al propio tiempo, juzga inexistentes los requisitos exigidos por el legislador para que se haga efectiva la suya propia. En esta tesitura, el ulterior debate jurisdiccional debe centrarse en este último aspecto, sin que sea admisible que ante los tribunales la Administración cambie de estrategia y defienda que el daño, cuya existencia nadie discute, debe imputarse a la empresa adjudicataria del contrato de obras en cuya ejecución se causó, pues iría contra su anterior voluntad, tácitamente expresada.

Así lo hemos estimado en otras ocasiones para casos semejantes. En la sentencia de 11 de julio de 1995 (casación 303/93, FJ 4º) esta Sala ha sostenido que, haciéndose referencia por los reclamantes a las compañías constructoras, a las que la Administración no dio traslado de la reclamación, debe juzgarse que, si no lo hizo, fue porque asumía la total responsabilidad de lo decidido. Ya con anterioridad, el Tribunal Supremo se había expresado con parecidos términos en la sentencia de 9 de mayo de dicho año (recurso contencioso-administrativo 527/93, FJ 5º). La sentencia de 7 de abril de 2001 (apelación 3509/92, FJ 5º) dijo que, en tales situaciones, la Administración debe responder, sin perjuicio de repetir posteriormente sobre el responsable. A esta misma línea pertenecen las sentencias de 12 de febrero de 2000 (apelación 3342/92, FJ 1º) y 8 de julio de 2000 (casación 2731/96, FJ 3º).

B) SUPUESTO ENJUICIADO.

El acto impugnado inadmitió la reclamación y apuntó la posible responsabilidad de Fomento de Construcciones y Contratas, S.A. como adjudicataria del contrato para el mantenimiento de las zonas verdes en el municipio, con base en un informe del Servicio de Parques y Jardines que obra en el expediente.

La resolución transcribe diversos preceptos de los pliegos de condiciones económico-administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato, relativos a las obligaciones de mantenimiento correctivo (apartado 6.1.1), vigilancia permanente (6.1.5), mantenimiento preventivo (6.2) y mantenimiento predictivo (6.3.4), significando además que conforme al punto 11 "...el contratista será responsable de todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato teniendo, por tanto, la obligación de indemnizarlos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 198 de la LCSP. El contratista será responsable de la calidad



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

técnica de los trabajos que desarrolle y de las prestaciones y servicios realizados, así como de las consecuencias que se deduzcan para este Ayuntamiento o para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas en la ejecución del contrato...".

Retornando al análisis del supuesto de autos, ya se ha dicho que el siniestro se produjo al caer sobre la vía pública la rama de una palmera, rama que a todas luces estaba seca.

Ningún indicio hay de que el siniestro se hubiera producido por vicios del contrato o por órdenes directas de la Administración, por lo que debe descartarse la responsabilidad del Ayuntamiento, y desestimar el recurso en cuanto se dirige contra el decreto que inadmitió la reclamación dirigida contra la entidad local.

Pero la demanda se dirige también contra la contratista, no siendo dudosa la competencia de este Juzgado para resolver sobre la responsabilidad de aquella (y, en su caso, de la aseguradora) por razones de economía procedimental, ya que el artículo 2.3 de la LOPJ atribuye en exclusiva al orden jurisdiccional contencioso-administrativo las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad, por lo que pesando sobre el perjudicado la carga de demandar en lo contencioso-administrativo a la Administración, a la aseguradora y a los particulares que hubieran podido concurrir a la causación del daño, es claro que el órgano judicial de este Orden goza de competencia para resolver sobre la responsabilidad de todas ellas.

Pues bien, nada ha alegado la contratista en el expediente ni en esta vía jurisdiccional para la defensa de su actuación, por lo que apareciendo incumplido su deber de vigilancia y mantenimiento del arbolado debe responder del daño, e indemnizar a la lesionada en la cantidad que reclama, que considero ajustada a la entidad del daño, cantidad que se actualizará con el interés legal desde el 14 de septiembre de 2017, fecha de la reclamación administrativa.

QUINTO.- COSTAS PROCESALES.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Fomento de Construcciones y Contratas, S.A debe ser condenada al pago de las costas causadas a la demandante, al haber sido íntegramente estimada la pretensión formulada contra aquélla.

No ha lugar a realizar ningún pronunciamiento sobre las causadas al Ayuntamiento de Málaga, ya que habiéndose producido el daño por el defectuoso mantenimiento de un elemento ubicado en una vía pública de titularidad municipal, resulta jurídicamente discutible la delimitación de las responsabilidades de la Administración y de la contratista.

FALLO

DESESTIMO el recurso, en cuanto a la pretensión formulada contra el Ayuntamiento de Málaga.

CONDENO a Fomento de Construcciones y Contratas, S.A, a que indemnice a [REDACTED] en la cantidad de seiscientos sesenta y cinco (665) euros, más los intereses legales desde el 14 de septiembre de 2017, y al pago de las costas causadas a la actora.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella **NO cabe Recurso ordinario**.

Y remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo, al lugar de origen de éste.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará certificación a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.

