



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 Málaga

Procedimiento Abreviado nº 18/2019

Magistrado: Óscar Pérez Corrales

Recurrente: [REDACTED]

Letrado y representante: Omar Dell'Olmo Gil

Demandado: Ayuntamiento de Málaga, asistido y representado por Rosalía Budría Serrano, letrada municipal

**Codemandado: FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, SA
Letrado y procurador: Francisco José Mesa Flores y Pedro Ballenilla Ros**

SENTENCIA Nº 294/20

En Málaga, a 20 de octubre de 2020.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- 1. El día 2-1-2019 se interpuso recurso c-a frente al decreto de 18-10-2018 dictado por el titular de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Málaga (por delegación de su alcalde), que (a) inadmitió la reclamación de 344,85 € formulada por el recurrente el día 5-12-2017 en concepto de responsabilidad patrimonial, e (b) indicando al recurrente que, de estimarlo oportuno, deberá dirigir su pretensión frente a FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, SA.

2. Subsanados los defectos procedimentales, se dictó decreto de admisión a trámite el día 4-9-2019, señalándose para la celebración del juicio el día 14-10-2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Es objeto de recurso c-a el decreto de 18-10-2018 dictado por el titular de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Málaga (por delegación de su alcalde), que (a) inadmitió la reclamación de 344,85 € formulada por el recurrente el día 5-12-2017 en concepto de responsabilidad patrimonial, e (b) indicando al recurrente que, de estimarlo oportuno, deberá dirigir su pretensión frente a FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, SA

2. La reclamación efectuada el día 5-12-2017 se refiere a unos daños sufridos por el recurrente el día 6-12-2016 en el vehículo de su propiedad con matrícula [REDACTED] a la altura de los números 64-66 de la calle de Emilio Thuillier. El daño se produjo al caer sobre el vehículo un cartel metálico de señalización.

3. La decisión administrativa, dado su tenor y el antecedente que integra el



informe del ingeniero técnico municipal de 2-2-2018 (f. 18 vº y 19 e.a.) referido a la existencia de un concesionario encargado del servicio de mantenimiento de las zonas verdes, se enmarca en el ámbito procedimental en el que la Administración demandada dicta una resolución siguiendo el tenor del derogado art. 97 Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, de igual contenido que el art. 198 ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y también del mismo tenor que el vigente ahora art. 214 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (también, conforme al tenor de la ahora vigente ley 9/2017, de 8 de noviembre, que no estaba en vigor a la fecha de los hechos en cuya virtud se reclama):

- 1. Será 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.*
- 2. 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.*
- 3. 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.*
- 4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.*

Sin embargo, ha de tenerse presente que la posibilidad dicha de activar los mecanismos previstos en la legislación de contratos del Sector Público y el pronunciamiento correspondiente de la Administración no parece que empiece la utilización por quien ha sufrido el daño del ejercicio de la acción prevista en el art. 106.2 CE y 32 y ss. Ley 40/2015, pues se mueve aquella dentro del derecho de interpretación que la Administración tiene dentro de la relación contractual y en virtud de la cual puede imponer al contratista o concesionario la forma de cumplimiento de los contratos, coactivamente, y sin perjuicio del recurso contencioso-administrativo correspondiente *a posteriori*. No hay que olvidar que la norma está en la ley que regula las relaciones contractuales entre la Administración y los contratistas y a este ámbito ha de reducirse el alcance de dicho precepto. Así, conviene recordar que dice el precepto que los terceros "podrán" solicitar de la Administración para que se pronuncie sobre quien de los contratantes es el responsable, esto es, con carácter facultativo, y que dicha solicitud interrumpe la prescripción de la acción.

De esta forma, el recurrente parece que puede optar por ejercitar frente a la Administración demandada la acción prevista en los artículos 106.2 CE y 32 y ss. Ley 40/2015 y, además, la acción de responsabilidad frente al particular que consideraba cooperó al daño: la entidad concesionaria.

Nótese que de la lectura conjunta de los artículos 9.4 LOPJ y 2 e) LJCA 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



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

responsables, junto a la Administración, de los daños y perjuicios causados. En definitiva, y así nos ilustra la STS, 3ª, sec. 6ª, 21-11-2007, rec. 9881/2003, 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 si lo anterior es así, aun cuando se excluyera finalmente en sede jurisdiccional la responsabilidad de la Administración, podemos pensar que 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 (cfr. sentencia citada y la de la misma Sala 3ª de 26-9-2007, rec. 4872/2003).

Señalar, en fin, que desde la perspectiva lógico-jurídica 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.

Pero, además, demandándose a la Administración y al particular, existe una dicotomía en cuanto al régimen jurídico aplicable, pues la responsabilidad de la Administración será objetiva mientras que la del particular (concesionario en nuestro caso), será subjetiva y regida por el régimen del art. 1.902 CC.

SEGUNDO.- Una vez definido el marco normativo e ideológico del proceso de toma de decisión, resulta que el recurrente, frente al alegato defensivo del Ayuntamiento demandado, sostuvo en el acto del juicio que no fue hasta ese momento cuando conoció la existencia del concesionario, alegato no atendible si atendemos a la realidad del traslado para alegaciones con instrucción del informe de Parques y Jardines de 2-2-2018 (ya me he referido a él), informe que se reitera en la resolución recurrida. Por tanto, conoció la existencia del concesionario, como lo prueba que la demanda presentada contiene, además de la pretensión de invalidez del acto, el ejercicio de una acción de condena frente al concesionario. No obstante, forzoso es darle la razón por cuanto que en el meritado informe faltaba el detalle que se contenía en el aportado en el acto del juicio referido al compromiso asumido por la entidad concesionaria sobre el cambio de la cartelería sobre prohibición del estacionamiento para poder cumplir su obligación de limpieza.

Como fuere, existiendo concesionario (circunstancia, insisto, conocida por el recurrente, como lo prueba el hecho de dirigir frente a él la demanda), el escrito de demanda centra su alegato por referencia exclusiva a normas que rigen la responsabilidad patrimonial, mas olvida datos que son esenciales. En primer lugar, su planteamiento, simplista, en verdad, hace ilusoria toda la construcción doctrinal y jurisprudencial que sobre la material se ha ido formando cuando



concorre, como es el caso, un supuesto de gestión indirecta del servicio público. Por tanto, existiendo contratista, y salvo que queramos convertir en papel mojado la norma y afirmar la responsabilidad de la propia Administración apoyándonos en culpa levísimas (como si al deber general de supervisión del cumplimiento de los términos del contrato con FOMENTO DE CONTRUCCIONES Y CONTRATAS, SA hubiera de seguirse un deber específico de seguimiento de la total actividad del concesionario verificando todas las opciones que sigue y controlando todas las decisiones que adopta, lo que haría fútil que la Administración buscara el beneficio del ahorro y la agilidad en la gestión a través de un sistema que le obligaría a actuar como si la gestión fuera directa), ha de ser el recurrente quien pruebe que, en el caso, bien existió una absoluta desatención por la Administración del deber general de supervisión del cumplimiento del contrato (lo que no ha ni siquiera intentado el recurrente), bien existió una orden (sobre lo que nada se ha dicho).

Las anteriores ideas son reiteradas por nuestra jurisprudencia y arrancan de antiguo, siendo interesante destacar que ya en el año 1992 el profesor MUÑOZ MACHADO¹ comenzó a utilizar expresiones – refiriéndose a supuestos de presencia del concesionario - que se han convertido ya en habituales en esta materia: “no siempre es necesario ni justificado convertir el patrimonio público en asegurador universal de todos los daños que los ciudadanos sufran posiblemente en una sociedad compleja; un sistema de seguro público general de este tipo no era organizable ni en los mejores tiempos del estado del bienestar. De manera que probablemente habría que moderar la vieja manía de convertir al Estado en indemnizador de todo daño”.

TERCERO.- Pese a la desestimación del recurso en relación con el Ayuntamiento de Málaga, es obligado referirse ahora al ejercicio de la acción que ejercita el recurrente frente a FC, que es la acción del art. 1.902 CC y sobre cuyos requisitos nada dice en su escrito de demanda, pues no se llega ni siquiera a citar este precepto. En todo caso, y al fin de aproximarnos al fondo, resulta que la única prueba de lo sucedido que ofrece el recurrente son unas fotografías de las que ninguna conclusión cabe extraer, pues su realización desde una perspectiva próxima impide percibir la ubicación exacta de lugar donde ocurrió el accidente, sin que sea suficiente el intento posterior de intentar ubicar una puerta metálica en el lugar a través de fotografías de google maps. No hay testigos; no hay fotografías del lugar y, por ello, no puede darse por probada la versión del recurrente, debiendo desestimarse el recurso, aunque sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de la instancia en atención a la duda de hecho sobre lo acontecido (ello respecto de FCC); e igual duda puede albergarse desde la perspectiva municipal, cuyo informe clarificador aportado en juicio tal vez debió contenerse en el de 2-2-2018.

FALLO

DESESTIMO el recurso contencioso-administrativo interpuesto por [REDACTED] frente al decreto de 18-10-2018 dictado por el titular de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Málaga (por delegación de su alcalde), que (a) inadmitió la reclamación de 344,85 € formulada por el recurrente el día 5-12-2017 en concepto de responsabilidad patrimonial, e (b) indicando al recurrente que, de estimarlo oportuno, deberá dirigir su pretensión frente a FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, SA-

¹ MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas. Tecnos 1992. Pág. 130 y siguientes

DESESTIMO la pretensión de condena formulada frente a FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, SA.

Sin costas.

No cabe recurso de apelación.

Así lo acuerdo y firmo. Óscar Pérez Corrales, magistrado, lo que autorizo como letrado de la Administración de Justicia.

"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."

