



SENTENCIA Nº 169/2021

Málaga, 17 de mayo de 2021

Vistos por mí, D^a Sandra Ortigosa Santisteban, Magistrada-Juez de refuerzo del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 5 de Málaga y su partido, los presentes autos de procedimiento ordinario sobre responsabilidad patrimonial que, bajo número 126/2018 se han seguido ante este Juzgado, a instancia de [REDACTED] AUTOTRANSPORTE TURÍSTICO ESPAÑOL S.A, asistidos por el procurador de los Tribunales Sr. Pedro Ballenilla Ros contra el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, representado por el procurador de los Tribunales Sr. José Manuel Páez Gómez, y FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A representado por la procuradora de los Tribunales Sra. Teresa Garrido Sánchez, y SEGURCAIXA representada por la procuradora de los tribunales Sra. María del Carmen Miguel Sánchez y atendidos los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el procurador de los Tribunales Sr. Pedro Ballenilla Ros se presentó, en nombre y representación de [REDACTED] AUTOTRANSPORTE TURÍSTICO ESPAÑOL S.A, recurso contencioso administrativo contra el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA y FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A frente a la resolución de 27/12/2017 dictada en el Expediente de responsabilidad patrimonial nº 177/17 RP.

SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso por Decreto, se requirió a la Administración demandada para que procediera a la remisión del expediente administrativo, emplazando a los interesados si los hubiere.



Aportado el expediente administrativo completo se dio traslado a la actora para que formalizase la demanda, cumplimentando dicho trámite en el plazo concedido y dándose traslado de la misma a la Administración demandada.

TERCERO.- Por el procurador de los Tribunales Sr. José Manuel Páez Gómez, en nombre y representación del AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, se presentó escrito de contestación a la demanda, dentro del plazo concedido, oponiéndose al recurso y solicitando su desestimación.

CUARTO.- Por la procuradora de los Tribunales Sra. Teresa Garrido Sánchez, en nombre y representación de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A, se presentó escrito de contestación a la demanda que obra unido a los autos.

QUINTO.- Por la procuradora de los tribunales Sra. María del Carmen Miguel Sánchez, en nombre y representación de SEGURCAIXA, se presentó escrito de personación en el procedimiento así como escrito de contestación a la demanda en el que, con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, interesaba la desestimación de las pretensiones de la parte actora.

SEXTO.- Practicada la prueba admitida y tras el trámite de conclusiones por escrito, se declararon los autos conclusos para sentencia.

SEPTIMO.- En el presente procedimiento se han cumplido todas las prescripciones legales, excepto algunos plazos procesales debido a la carga de trabajo que soporta este Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone por la parte actora recurso contencioso administrativo frente a la resolución de 27/12/2017 dictada en el Expediente de responsabilidad patrimonial nº 177/17 RP por la que se pretende se dicte sentencia condenando al Ayuntamiento de Málaga y, alternativamente a este solidariamente con



Construcciones y Contratas S.A a abonar a ATESA la cantidad de 9.163,32 euros, a [REDACTED] la cantidad de 37.082,44 euros y a [REDACTED] la cantidad de 32.913,27 euros, más los intereses de demora que conforme a ley corresponde imponer, condenando a las demandadas al pago de las costas procesales.

Tal pretensión la fundaba, esencialmente, en los siguientes hechos:

Que el 3 de junio de 2016 el [REDACTED] conducía el vehículo con matrícula [REDACTED] propiedad de Autotransporte Turístico Español, en compañía de su esposa la [REDACTED] cuando a la altura del Paseo de Miramar de Málaga, de manera repentina cayó sobre el vehículo un árbol situado en el lado derecho de la vía, según su sentido de circulación, no pudiendo evitarlo de ninguna manera, y quedando atrapados en el vehículo hasta que recibieron ayuda del cuerpo de bomberos.

Que según consta en las Diligencias de Prevención, la caída del árbol se produjo a causa de un inadecuado mantenimiento del mismo.

Que el mantenimiento del arbolado de la zona donde se produjo el siniestro estaba adjudicado a Fomento de Construcciones y Contratas S.A (FCC).

Que a causa de lo anterior el vehículo sufrió daños y sus ocupantes lesiones e incurrieron en gastos médicos por los que se reclama la cantidad antes referida.

Por el Ayuntamiento de Málaga se pretende el dictado de una sentencia desestimatoria en base a los siguientes fundamentos resumidos:

En primer lugar se manifiesta que era la empresa Fomento de Construcciones y Contratas S.A la que tenía asumida la obligación de mantenimiento de las zonas verdes y conforme al Pliego de Condiciones del contrato celebrado entre dicha mercantil y el Ayuntamiento la misma era responsable del mantenimiento preventivo de dichas zonas y de las indemnizaciones que correspondan por los daños y perjuicios causados por culpa, negligencia o incumplimiento de las obligaciones del contrato.

Que en la tramitación del procedimiento administrativo resultó determinado que, en todo caso, la responsabilidad en el siniestro era de Fomento y Construcciones y Contratas, y así se hizo constar en el Decreto en el que también se informaba a los



demandantes de la posibilidad de ejercitar las acciones oportunas contra dicha mercantil.

Por último se afirma que, en el presente procedimiento solo resulta posible determinar la procedencia de incoar o no el procedimiento de responsabilidad patrimonial y no sería procedente entrar en el fondo del asunto por cuanto por cuanto la resolución impugnada lo que acuerda es la no incoación del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Por la también demandada Fomento de Construcciones y Contratas S.A se pretende igualmente la desestimación del recurso afirmando que concurre falta de legitimación pasiva ad procesum manteniendo que no puede dirigirse al mismo tiempo la acción contra el Ayuntamiento y contra la mercantil ya que la jurisdicción para esta última sería la civil y no la contenciosa.

En cuanto a las cantidades reclamadas se dice la indemnización de lesiones no está prevista para la ILT como se solicita de contrario no siendo indemnizable la cantidad reclamada en concepto de incapacidad, ni el daño moral ni el lucro cesante, estando sujeta a indemnización solo las secuelas pero no los días de baja. Sostiene la codemandada que la caída del árbol se debió a causa de fuerza mayor y no a falta de mantenimiento, vigilancia o control.

Por la compañía aseguradora se opone igualmente a la demanda manifestando que caso de existir responsabilidad en el accidente la misma debe recaer sobre la empresa demandada responsable del mantenimiento de las zonas verdes.

Se impugna también la cantidad reclama en concepto de lesiones considerando que el importe reclamado como perjuicio personal particular, lesiones y daño moral por pérdida de calidad de vida, así como los gastos médicos, no resultan debidamente acreditados.

SEGUNDO.- La responsabilidad patrimonial de la Administración tiene su fundamento en el Art. 16 de la Constitución Española y el Art. 61 y ss de la Ley 39/15 del Procedimiento Administrativo Común.





Como ha venido declarando reiteradamente la jurisprudencia, entre otras la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1998, *para la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración hace falta la concurrencia de dos requisitos sustanciales positivos, uno negativo y otro procedimental:*

A)- El primero de los positivos es el que exista un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con respecto a una persona o grupo de personas, que el interesado no tenga el deber jurídico de soportar. Este requisito se incardina dentro de los elementos que han de ser objeto de la prueba, si bien alguno de sus aspectos se produce o manifiesta dentro del ámbito de la argumentación de las partes (simplificado por la existencia de un catálogo de soluciones jurisprudenciales que cabe invocar -y apreciar- sin mayor disquisición), como puede ser la extensión y naturaleza de los daños resarcibles, las personas legitimadas y los supuestos en los que existe obligación jurídica de soportar el daño.

B)- El segundo requisito positivo es el de que el daño sea imputable a una Administración Pública. Esta nota es la aparentemente más compleja, puesto que la doctrina común de la responsabilidad extracontractual y por actos ilícitos deviene en un complejo fenómeno de examen sobre la relación de causalidad, la eventual concurrencia y relevancia de concausas y la existencia de elemento, culpabilísticos. Sin embargo, en la responsabilidad patrimonial administrativa, en la configuración que disfrutamos de la misma desde la Ley de 1.957 (incluso desde la Ley de Expropiación Forzosa de 1.954), se encuentra enormemente simplificado por la expresión legal de que la lesión "sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos" (artículos 122 de la Ley de Expropiación Forzosa , 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 139 de la Ley 30/1.992). Fundamentalmente, se encuentran cuatro títulos de imputación a efectos de la determinación de la responsabilidad de una Administración respecto de una lesión concreta: que la lesión se produzca como consecuencia directa del ejercicio ordinario del servicio; que la lesión obedezca a una anormalidad o no funcionamiento del servicio público; que exista una situación de riesgo creado por la Administración en el ámbito de producción del evento dañoso, o que se produzca un enriquecimiento injusto por parte de la Administración.



C)- *El factor negativo es el de que no obedezca el daño a fuerza mayor. Esta nota ha sido precisada conceptual y jurisprudencialmente en el sentido de que se trate, para poder la concurrencia de fuerza mayor, de un evento producido con los requisitos tradicionales que distinguen a la fuerza mayor del caso fortuito (conceptos de previsibilidad e irresistibilidad), pero específicamente que se trate de una causa extraña al ámbito de funcionamiento del servicio público.*

D)- *El elemento procedimental es el de que se formule la oportuna reclamación ante la Administración responsable en el lapso de un año, a contar desde la producción de la lesión. Este elemento plantea la cuestión del término inicial -sobre el que se encuentran suficientes precisiones jurisprudenciales.*

TERCERO.- Sobre la alegada falta de jurisdicción por la mercantil demandada Fomento y Construcciones y Contratas S.A, se debe partir del art. 32.9 de la Ley 40/15, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público que establece *“9. Se seguirá el procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma sin perjuicio de las especialidades que, en su caso establezca el 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”.*

De los art. 288. C y 312. B de la LCSP se desprende que el lesionado puede optar por varias posibilidades para reclamar una indemnización, sujetas, cada una de ellas, a sus propias normas de tramitación. De este modo, el lesionado puede bien dirigirse contra el contratista directamente, en cuyo caso lo hará ante la jurisdicción civil; o bien dirigirse contra la administración y también opcionalmente contra el contratista, lo que resulta procedente en aquellos casos en los que es hecho controvertido la imputación del daño y se discute si el resultado lesivo debe atribuirse al contratista o a la administración, en cuyo caso el procedimiento se tramitará como una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, en cuyo caso la resolución que se dicte en el expediente administrativo será susceptible de recurso ante la jurisdicción contencioso administrativa.



Ahora bien, en este segundo supuesto resulta de aplicación el artículo 196.3 LCSP que establece que los terceros que sufran un daño o perjuicio consecuencia de un contrato suscrito entre la Administración y un contratista podrán requerir previamente al órgano de contratación, dentro del año siguiente a la producción del hecho, para que este, oído el contratista, se pronuncie sobre quién es el sujeto responsable del daño.

Ese requerimiento al órgano de contratación interrumpe el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial y no implica, por sí, el ejercicio de esta última acción, sino que una vez determinado el vía administrativa la persona responsable (administración o contratista), el lesionado podrá orientarse sobre el sentido de la futura resolución que pueda dictar la administración en relación a la reclamación patrimonial.

La Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo viene manteniendo, entre otras, en sentencias de 19 de febrero de 2002; 7 de abril de 2001; 12 de febrero de 2000, que en los casos en los que la Administración incumpla lo dispuesto en el art. 196.3 de la LCSP, limitándose a declinar su responsabilidad en los hechos sin indicar al perjudicado cuál de las partes contratantes debe responder de los daños, dicha omisión constituirá motivo suficiente para atribuirle la responsabilidad por ellos.

Se debe tener presente el criterio mantenido por los Juzgados de Málaga de lo Contencioso-administrativo que se contienen en sentencias, entre otras muchas, de fecha 4 de diciembre de 2.007 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 5 de Málaga, de fecha 10 de diciembre de 2.007 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de Málaga y de fecha 16 de abril de 2.010 del Juzgado de los Contencioso-administrativo nº 1 de Málaga, y que vienen a sostener la conformidad a derecho de la resolución administrativa con base en los siguientes y amplios fundamentos de derecho que se reproducen a los efectos de servir de base para la fundamentación igualmente del presente: "Antes de 1954, los daños producidos por los contratistas y concesionarios de la Administración a terceros en la ejecución del contrato se consideraban un supuesto de responsabilidad civil entre particulares sometido a las normas del Código Civil, y por tanto a la



responsabilidad por culpa, de la que conocerían, en caso de litigio, los tribunales civiles. La situación cambió con la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 que incluyó una regulación específica de la responsabilidad de los concesionarios de servicios públicos, según establecía su artículo 121 en su apartado 2 establecía que “en los servicios concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste” (una regla que la legislación de contratos hizo extensivo a las restantes modalidades contractuales). Por su parte, el artículo 123 afirmaba que cuando el daño lo hubiera producido un servicio concedido, la reclamación se dirigiría a la Administración que otorgó la concesión y que ésta debía resolver tanto sobre la procedencia de la indemnización, como sobre quién debía pagarla (la misma regulación se reflejó en el artículo 134 RGCE). Esa resolución -añadía el precepto- dejaba abierta la vía contencioso-administrativa, que podría utilizarse por el particular o el concesionario, en su caso.

Tras la Ley 30/92, el RRP y las nuevas LCAP y LJCA, la situación ha variado sustancialmente. El derecho de los particulares a ser indemnizados por los daños que sufran como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos se recoge ahora en el artículo 139 de la Ley 30/92 que parece derogar implícitamente el artículo 121.1 LEP y que regula únicamente la responsabilidad patrimonial de la Administración, sin hacer referencia a la responsabilidad de contratistas y concesionarios. Por su parte, el RRP, en su artículo 1, establece que se seguirá el procedimiento administrativo de responsabilidad por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, con arreglo a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, y deroga expresamente los artículos del Reglamento de Expropiación Forzosa relativos a la indemnización por daños. A pesar de ello, hasta 1995 podía considerarse que seguían vigentes los artículos 121.2 y 123, puesto que éstos eran los únicos que regulaban la responsabilidad de los concesionarios. A partir de esa fecha, la regulación de esta cuestión se encuentra en la legislación de contratos de las



Administraciones Públicas y, por tanto, pueden considerarse derogados implícitamente por ésta.

El artículo 98 de la LCAP de 1995 reguló la indemnización de daños y perjuicios derivados de la ejecución de contratos de la siguiente forma:

“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 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 corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción civil.

4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable en cada supuesto”.

El artículo 97 del Texto Refundido de la LCAP de 2000 reproduce esta redacción, pero introduce una pequeña modificación en el apartado 3 que consiste en la supresión del adjetivo civil. Ahora se afirma que el “ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción”. Y en igual sentido el artículo 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y más recientemente, el artículo 214 del 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.

De toda esta regulación la doctrina especializada extrae las siguientes conclusiones:



1) La legislación no ha resuelto expresamente el problema de si la responsabilidad de los concesionarios o contratistas se rige, en cuanto al fondo, por el Código Civil o por la legislación administrativa. La tesis del carácter objetivo de la responsabilidad de contratistas y concesionarios ha perdido, sin embargo, el apoyo que podía ofrecerle -aunque fuera discutible- la interpretación conjunta de los apartados 1 y 2 del art.121. Sólo puede apoyarse, pues, en la tesis de la condición de delegado del contratista o concesionario o en una interpretación basada en la igualdad de los administrados respecto a la garantía patrimonial frente a los daños ocasionados por el funcionamiento de los servicios públicos. Pero, al margen de que puedan o no compartirse estos argumentos, no parece que ninguno de ellos permita afirmar con carácter general que la responsabilidad de contratistas y concesionarios haya de regirse necesariamente por la legislación especial prevista para la Administración Pública.

2) Se ha derogado implícitamente el artículo 123 LEF y la competencia para decidir sobre la responsabilidad del contratista o concesionario ha dejado de corresponder a la Administración Pública. La nueva regulación de la LCAP elimina la actividad arbitral que configuraba la legislación anterior. Lo único que se dispone ahora es que ante la dificultad que puede representar para el particular dilucidar si la responsabilidad del daño corresponde al contratista o a la Administración, puede dirigir una consulta sobre este aspecto a la Administración. La Administración responderá a esta consulta pronunciándose exclusivamente sobre a quién considera que es imputable el daño. Una opinión del órgano de contratación que no obliga al particular, ni al concesionario, ni a los tribunales que deban pronunciarse finalmente al respecto, y ni siquiera al órgano administrativo competente para resolver el procedimiento de responsabilidad que se inicie solicitando la indemnización por daños.

3) El ejercicio de la facultad de requerir al órgano de contratación para que se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad por los daños interrumpe el plazo de prescripción de la acción de reclamación de responsabilidad. Una acción que es diferente si se dirige contra la Administración o contra el contratista, por lo que es lógico que en la redacción del TRLCAP de 2000 haya desaparecido la referencia al carácter civil de la misma.



Pero la acción habrá de ser la civil si la reclamación se dirige frente al contratista, pues la jurisdicción contencioso-administrativa no puede reputarse competente en este caso, salvo que se comparta la interpretación minoritaria que defiende la subsistencia del artículo 123 LEF. Pero si la indemnización se reclama a la Administración, deberá iniciarse el procedimiento administrativo de responsabilidad y la resolución del mismo podrá impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa. No es posible, en modo alguno, demandar conjuntamente a la Administración y al contratista en vía civil, pues lo impide claramente la LJCA de 1998 cuando dispone que la Administración no será demandada ante el orden civil por asuntos de responsabilidad extracontractual. Y la demanda conjunta frente a la Administración y el contratista en vía contencioso-administrativa sólo procederá en caso de responsabilidad concurrente, o como dice el artículo 9.4 LOPJ, cuando el contratista hubiera concurrido junto a la Administración en la producción del daño.

La regla general es, por tanto, que la jurisdicción civil es la competente para conocer de los litigios que se susciten en relación con la responsabilidad de los contratistas y concesionarios. No obstante, hay que tener en cuenta que la D.A. 12.ª de la LRJPAC establece una excepción a la misma para los supuestos en que el daño lo causen los centros sanitarios concertados. De acuerdo con esta disposición "la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso".

Un sector de la doctrina y una (aislada) Sentencia contencioso administrativa -en una cierta concordancia con los resultados obtenidos por la jurisprudencia civil- vienen a afirmar, posiblemente con un bienintencionado pero excesivo celo garantizador (en extremo, vendría a hacer del Estado un inmenso asegurador universal), que la responsabilidad por los perjuicios causados por los concesionarios y contratistas debe ser directamente atribuida a la Administración titular del servicio o de la obra, existiendo una responsabilidad solidaria de la





misma derivada de esa titularidad y de la condición del contratista o concesionario como un mero delegado en sentido técnico de la Administración, aunque ello pueda ser sin perjuicio de la puesta en manos de ésta de una acción de regreso que le permita dirigirse contra el contratista, de tal modo que sea éste quien finalmente soporte la carga del resarcimiento económico debido. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1989, al suponer un giro verdaderamente importante en la jurisprudencia anterior, y de la que fue Ponente Francisco González Navarro, que tradujo al texto de una Sentencia la posición doctrinal que sobre esta cuestión había mantenido él mismo con anterioridad, sostenido sustancialmente alrededor de la afirmación de que en los supuestos de daños causados por concesionarios y contratistas quien responde directamente es la Administración titular del servicio, justamente por serlo, y no el contratista o concesionario interpuesto, frente a quien, en su caso, la Administración dispondría de un acción de regreso que le permitiría resarcirse de una indemnización indebidamente acordada. Esta posición fue pronto rectificada por las Sentencias de 31 de julio de 1989 y, muy especialmente, por la de 25 de enero de 1992, línea que se mantiene en la actualidad –vgr. STS 19 septiembre 2002 y 23 abril 2003 y 24 de mayo de 2.007-, y también ha tenido eco en la Sala en Málaga del TSJA, sentencia de 31 de mayo de 2.005, recurso 692/1992.

La responsabilidad del contratista y no de la Administración determina que se ajuste a derecho el Decreto impugnado, y conocer de la acción contra aquél compete a la jurisdicción civil. A la luz del art. 198 LCAP, la única intervención de la Administración está prevista a un requerimiento facultativo, sin que derive obligación alguna para el tercero de instarlo. En efecto, frente al carácter preceptivo de la intervención de la Administración a la hora de determinar la procedencia de la indemnización por los daños ocasionados que establecían los artículos 123 LEF y 134 RGCE, ahora el pronunciamiento de la Administración contratante se convierte en una opción (“Los terceros podrán requerir ...”) previa a lo que se deduce es una acción civil (pues “el ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de la acción civil”), según el apartado 3 del artículo 98 LCAP. Es más, el pronunciamiento de la Administración contratante, de solicitarse por el tercero, se contrae ahora “sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la





responsabilidad por daños”, que, en conexión con el último párrafo del artículo 98.3 LCAP, se enlaza con el ejercicio de la acción civil, de estimarse que es el contratista el que debe responder por los daños. Y, en segundo lugar, el procedimiento para exigir la responsabilidad se formulará ahora, según el artículo 98.4 LCAP, “conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto”. Si tenemos en cuenta que el procedimiento establecido en el RD 429/1993 únicamente contempla su aplicación a los supuestos en que la Administración es responsable, puede concluirse que ahora la reclamación de responsabilidad del contratista no se encuentra en la normativa administrativa. En definitiva, se ha separado el procedimiento para exigir la responsabilidad por daños con ocasión de la ejecución de los contratos, según se exija a la Administración o al contratista, y, sobre todo, se ha detraído de la esfera de la Administración la atribución de determinar la responsabilidad del contratista frente al tercero. Lo único que se prevé es un requerimiento previo y opcional a la Administración contratante para que se pronuncie acerca de quién es responsable, habida cuenta de que no siempre el tercero puede tener el conocimiento preciso acerca de si el daño sufrido es consecuencia de vicios del proyecto o de órdenes de la Administración contratante o no y, en consecuencia, a quién imputar los daños. Este cambio implica que la jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones de responsabilidad frente al contratista será, ahora, la jurisdicción civil. De un lado, porque esta conclusión está presente al aludirse a la acción civil, que no parece que sea otra que la acción por daños y perjuicios ejercitada ante estos Tribunales; de otro, porque el procedimiento para exigir dicha responsabilidad establecido en la legislación específica para este supuesto evoca al establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que no es el previsto para los supuestos en que es la Administración la responsable. Por último, porque si el requerimiento a la Administración para que se pronuncie sobre a quién se imputa el daño es opcional, no cabe deducir otra cosa que el particular puede decidir incluso no solicitarlo y dirigirse directamente a los Tribunales. Unos Tribunales que, al no versar sobre responsabilidad de la Administración, no son, conforme a los mecanismos que atribuyen dicha jurisdicción, los del orden contencioso-administrativo. En definitiva, estas consideraciones no son más que consecuencias lógicas de que la determinación de responsabilidad de los





contratistas por daños a terceros ha dejado de ser una competencia de la Administración contratante.

CUARTO.- A la vista de los fundamentos expuestos, la responsabilidad patrimonial de la Administración queda limitada a los casos en que los contratistas actúen cumpliendo cláusulas u órdenes directas de la Administración titular del servicio (artículo 97.2 LCAP), a los supuestos en que el contratista ejerza funciones específicamente delegadas por la Administración (artículo 126.3 RSCL), y además, con carácter general, siempre que, junto a la actuación lesiva del contratista, o al margen de la mismas, se da una actuación administrativa (que en los casos de concurrencia puede ser previa, simultánea o posterior) que sea causa del evento lesivo o comporte su consolidación, según una relación de causalidad jurídica.

La responsabilidad patrimonial de la Administración será exclusiva, o concurrente con la del contratista, según los casos y encuentra su fundamento al margen de la relación jurídica existente entre la Administración y su contratista, cuando 1) la responsabilidad patrimonial derivada de las lesiones que tengan su origen en el cumplimiento por el contratista de cláusulas del mismo contrato, en la medida en que este acto es propiamente imputable a la Administración, 2) la responsabilidad patrimonial por las lesiones que tenga su origen en una orden impuesta al contratista que sea de obligado cumplimiento para aquél; o también, más simplemente, en una actuación del contratista previamente aprobada por la Administración, 3) la responsabilidad patrimonial derivada de los actos de los contratistas que sean confirmados por la Administración al resolver cualquier reclamación, 4) los supuestos en que proceda la imputación de la lesión de la consiguiente responsabilidad patrimonial de la Administración por omisión de los deberes de vigilancia, y, 5) finalmente, los casos en que la responsabilidad patrimonial resulte imputable a la Administración por insolvencia de los contratistas.

Teniendo en cuenta todo lo dicho, del expediente administrativo consta (F. 1 a 3 EA) que los demandantes presentaron escrito ante el Ayuntamiento de Málaga en





fecha 15 de mayo de 2017 en el que solicitaban se declarase la existencia de negligencia por parte de los encargados de conservación de la vía pública y la consiguiente responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños materiales, personales causados a los demandantes así como los gastos y perjuicios derivados de los mismos.

Por parte del Ayuntamiento se solicitó del servicio de parques y jardines informara sobre si existe contrato y de qué tipo entre la Administración y empresa encargada del mantenimiento del elemento denunciado en el momento en que se produjeron los hechos objeto de reclamación, y sobre si los hechos referidos en la reclamación son propios de las actividades de ejecución del contrato de mantenimiento de zonas verdes o, por el contrario, son ocasionados como consecuencia de una actividad ordenada de forma directa e inmediata por la Administración (F. 58 EA).

Al folio 61 a 89 EA consta el informe emitido por el área de parques y jardines, al que obra unido informe realizado por ██████████ (biólogo) a tras de la empresa doctorarbol.com (F. 64 a 89 EA) en el que se concluye que el viento no tenía ninguna capacidad de tumbar el árbol y que el árbol presentaba defectos en el cuello y base del tronco que no eran visibles externamente debido a que el árbol no había reaccionado a ellos debido a que no suponían un defecto real para el ejemplar, siendo que esos defectos no implicaban un riesgo de rotura debido a una copa de pequeñas dimensiones con poca capacidad de ser empujada por el viento y un factor de protección elevado debido a la orografía, edificios etc, debiéndose la caída al impacto de un camión contra el árbol.

Consta del F. 61 EA, según informe emitido por el Servicio de Gestión de Reclamaciones Patrimoniales que en el momento de los hechos tenía asumida la obligación de mantenimiento de las zonas verdes la empresa Fomento de Construcciones y Contratas S.A. y en la propuesta de resolución del mismo servicio (F. 197 a 205 EA) se hace constar que el Pliego de condiciones para el





servicio de mantenimiento de las zonas verdes incluye el mantenimiento del arbolado de cualquier valor ecológico, arbustos, vivaces etc y la poda de arbolado, así como la localización y subsanación de cualquier incidencia sobre cualquier elemento material o vegetal que suponga una molestia o peligro y la vigilancia permanente del estado de todos los elementos materiales o vegetales.

De este modo, a la vista del contenido del pliego del contrato entre la Administración y Fomento de Construcciones y Contratas, así como por aplicación del art. 198 de la Ley 30/2007, siendo que la propia parte demandante afirma que la causa del daño fue la falta de mantenimiento del árbol caído, no resulta exigible en el presente caso la responsabilidad a la Administración, no tratándose de uno de los supuestos de responsabilidad exclusiva de la Administración ni de responsabilidad concurrente con la del contratista.

Y determinándose así acertada por ajustarse a derecho la resolución impugnada sobre el posible responsable de los daños, fijado este como la codemandada Fomento de Construcciones y Contratas, no compete a esta jurisdicción solventar la relación entre los recurrentes y dicha empresa en base a todo lo expuesto en los párrafos precedentes.

Es por todo lo dicho por lo que procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto declarando la conformidad a derecho del acto administrativo impugnado, sin entrar a resolver sobre el fondo en lo relativo a la causa del daño y el importe reclamado.

QUINTO.- En materia de costas, conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la L.J.C.A. en su redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 octubre 2011: en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho y observando lo expuesto en los anteriores razonamientos jurídicos y teniendo en cuenta que la Ley 37/2001, entró en vigor el 31 de octubre de 2.011, procede imponer las costas





de este recurso contencioso-administrativo a la parte recurrente si bien de conformidad con lo dispuesto en el apartado cuarto de dicho precepto (La imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima.), se fija en 6.000 euros la cantidad máxima en dicho concepto atendidas las circunstancias del caso y la cuantía del recurso.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que **DESESTIMO** el recurso contencioso administrativo interpuesto por el procurador de los Tribunales Sr. Pedro Ballenilla Ros, en nombre y representación de [REDACTED] AUTOTRANSPORTE TURÍSTICO ESPAÑOL S.A, contra el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA y FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A frente a la resolución de 27/12/2017 dictada en el Expediente de responsabilidad patrimonial nº 177/17 RP, con imposición de las costas causadas en el presente recurso a la parte recurrente con el límite de 6.000 euros.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de quince días contados desde el siguiente a su notificación, indicándose la necesidad, en su caso, de constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio del Poder Judicial añadida por la Ley Orgánica 1/2.009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

6/1.985, de 1 de julio del Poder Judicial, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado y con la advertencia de que no se admitirá a trámite el recurso si no está constituido dicho depósito y así se acredita.

Y llevando la misma al Libro de su clase, una vez firme la presente resolución devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia junto con testimonio de esta resolución.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

