



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº1 DE MÁLAGA

C/ Fiscal Luis Portero García s/n
Tel.: 951939071 Fax: 951939171
N.I.G.: 2906745020150005246

Procedimiento: Procedimiento abreviado 719/2015. Negociado: 9

Recurrente: [REDACTED]

Procurador: JOSE LUIS LOPEZ SOTO

Demandado/os: AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA

Letrados: S.J.AYUNT. MÁLAGA

Codemandado/s: ZURICH INSURANCE PLC, FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS y ZURICH INSURANCE SUCURSAL ESPAÑA

Procuradores: GRACIA CONEJO CASTRO, PEDRO BALLEÑILLA ROS

Acto recurrido: RESOLUCION DE 20/10/15

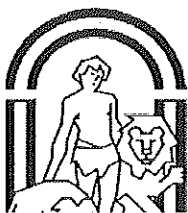
En nombre de S.M. el Rey y de la autoridad que el pueblo español me confiere, he pronunciado la siguiente

SENTENCIA Nº 373/2021

En Málaga, a dieciséis de noviembre de dos mil veintiuno.

Doña Asunción Vallecillo Moreno, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 1 de esta Ciudad, habiendo visto el presente recurso contencioso-administrativo número 719/15, sustanciado por el Procedimiento Abreviado, interpuesto por [REDACTED] al que sucedió procesalmente su heredera [REDACTED] representada por el Procurador Sr. López Soto y asistida por el Abogado Sr. Palenzuela Illán contra el Excmo. Ayuntamiento de Málaga, representado y asistido por la Letrada adscrita a sus Servicios de Asesoría Municipal Sra. Pernía Pallarés, habiéndose personado como codemandada la Compañía de Seguros Zurich Insurance PLC, representada por la Procuradora Sra. Conejo Castro y asistida por el Abogado Sr. Fernández Donaire y como interesada la entidad Fomento de Construcciones y Contratas S.A., representada por el Procurador Sr. Ballenilla Ros y asistido por la Abogada Sra. Cortés Leotte.

ANTECEDENTES DE HECHO





PRIMERO.- Que por [REDACTED] se interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Decreto de fecha 13 de octubre de 2.015 del Ayuntamiento de Málaga, recaído en el expediente nº 231/2015, por el que se inadmite la reclamación de responsabilidad patrimonial realizada por el recurrente en relación con los hechos acaecidos el día 23 de marzo de 2.014, en la calle Maestranza de Málaga y que le ocasionaron daños personales, puesto que, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 1.3 del Real Decreto 429/93, de 26 de marzo, los daños presuntamente ocasionados al reclamante durante la vigencia del contrato suscrito por esta Corporación con la entidad Fomento de Construcciones y Contratas, S.A., podrían tener su causa en una operación de ejecución del mismo, no habiéndose producido como consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma y ello sin perjuicio de que el reclamante ejercite las acciones que estime oportunas contra la empresa contratista, formulando demanda arreglada a las prescripciones legales en la cual solicitaba previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, se dictara sentencia que reconociera haber lugar al pedimento obrado.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma y de los documentos acompañados a la Administración demandada, reclamándole el expediente, ordenando se emplazara a los posibles interesados y se citó a las partes para la celebración de la vista.

TERCERO.- Recibido el expediente administrativo se exhibió al actor para que pudiera hacer alegaciones en el acto de la vista.

CUARTO.- Comunicado y acreditado el fallecimiento del recurrente [REDACTED] se suspendió el procedimiento y tras los trámites oportunos y tras la personación de [REDACTED] se dictó Decreto en fecha dieciséis de septiembre de dos mil diecinueve teniendo por efectuada la sucesión





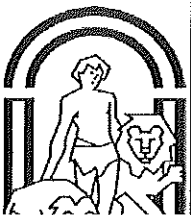
procesal por muerte de la parte actora, de manera que asumía la posición de parte demandante exclusivamente [REDACTED] que actúa en su propio nombre y en beneficio de la comunidad hereditaria derivada del fallecimiento de [REDACTED] citando nuevamente a las partes para la celebración de la vista.

QUINTO.- Celebrada la vista en la hora y día señalados, comparecieron las partes, ratificándose el demandante en las alegaciones expuestas en la demanda, formulando el representante de la Administración demandada y de la codemandada personada las alegaciones que a su derecho convinieron y tras la fase de prueba y el trámite de conclusiones, se terminó el acto, quedando conclusos los autos y trayéndolos a la vista para sentencia.

SEXTO.- Que en la tramitación de este procedimiento se han observado las formalidades legales, excepto el plazo para dictar sentencia debido al cúmulo de asuntos que penden de este Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte recurrente alegó que el día 23 de marzo de 2.014 sobre las 18:30 horas aproximadamente, cuando [REDACTED] caminaba por la acera izquierda de la calle Maestranza de Málaga al llegar al número 16, pisó la zona próxima al árbol allí ubicado que carecía de rejilla de cerramiento y protección del alcorque, introduciendo el pie en el hueco de dicho alcorque y perdiendo el equilibrio pues el desnivel generado alcanza los 10 centímetros, cayendo al suelo y produciéndose lesiones de las que tardó en curar 120 días, de los cuales 90 fueron impeditivos para sus ocupaciones habituales y quedándole como secuelas agravación de la artrosis de hombro y hombro doloroso postraumático y coxalgia postfractura que incluye cojera leve, por las que reclama la cantidad total de 8.938 euros, ya que los daños causados tienen su origen en la manifiesta falta de mantenimiento del alcorque por la ausencia de





rejilla de protección y en el negligente mantenimiento de la seguridad de la propia vía, al no existir ni siquiera señalización advirtiendo al peatón del peligro existente, e impugnando la resolución indicada de fecha de 13 de octubre de 2.015 interesa, alternativamente, que se anule dicha resolución y se condene al Ayuntamiento de Málaga y a la mercantil Fomento de Construcciones y Contratas S.A. a abonar solidariamente la citada cantidad y el pago de intereses moratorios devengados desde la fecha de la reclamación administrativa (17/7/2015) o que se anule dicha resolución y se condene al Ayuntamiento de Málaga a acordar la admisión de la reclamación, a tramitar el correspondiente expediente administrativo previsto en el artículo 214 TRLCSP y a dictar resolución sobre el fondo

La Administración demandada y la codemandada personada, en una misma línea argumental y en oposición a la anterior pretensión, alegaron, esencialmente, que la resolución recurrida inadmite la reclamación de responsabilidad patrimonial al entender que el accidente narrado por el interesado, supuestamente ocurrió tras pisar la zona próxima a un árbol sin percatarse que en el alcorque no existía rejilla de protección, constando en el expediente informe del Servicio de Parques y Jardines de fecha 14 de agosto de 2015, en el que se hace constar que en el lugar donde sucedieron los hechos tiene asumida la obligación del mantenimiento de zonas verdes y sus infraestructuras la empresa adjudicataria Fomento de Construcciones y Contratas, S.A. entrando dentro de las obligaciones del adjudicatario en el pliego de prescripciones técnicas particulares las rejillas de los alcorques; no encontrándonos, por tanto, en la presente reclamación, con el supuesto previsto en el artículo 1.3 el RD 429/1993, debiendo referirse igualmente al artículo 214 del RDLeg. 3/2011, de 14 de noviembre, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de idéntica redacción que el artículo 198 de la Ley de Contratos del Sector Público, norma vigente cuando se produjo el accidente, que indica que es al contratista de un servicio a quien le incumbe el riesgo y ventura en la ejecución del contrato, por lo que al no darse la integración del adjudicatario (contrato de servicios) en la Administración Pública, debe afirmarse que los actos





de aquel no son imputables jurídicamente a dicha Administración de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, por lo que de existir un responsable de los daños sería la entidad contratista, añadiendo que no ha existido grado alguno de dejadez en la actuación municipal ni déficit en su obligación de vigilancia, por lo que no es posible establecer nexo causal entre los perjuicios reclamados y una actuación municipal y, por otro lado, se han cumplido los requisitos que la normativa de contratos establece pues se ha otorgado trámite de audiencia al contratista en sede administrativa, se le ha notificado la resolución que se dictó y se le ha emplazado para su comparecencia en la vista.

SEGUNDO.- Centrado el debate entre las partes en el presente tema de responsabilidad patrimonial, sus elementos y presupuestos y, más concretamente, en la responsabilidad que surge en los servicios sujetos a régimen de concesión, se ha de comenzar exponiendo que señala el artículo 106.2 de la Constitución que los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, así señalaba el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el mismo sentido el artículo 32 de la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Respecto de las entidades locales el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, establece que "las Entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la





actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa."

Por tanto, la primera de las exigencias legales y constitucionales es la existencia de una responsabilidad de la administración en la causación de los daños para que éstos puedan ser imputados a aquella en alguna manera. Del análisis de los artículos transcritos se deducen por la amplia Jurisprudencia que trata sobre estas cuestiones los siguientes requisitos para que se produzca la responsabilidad patrimonial de la Administración:

A) Un hecho imputable a la Administración.

B) Que el daño sea antijurídico en cuanto detrimento patrimonial injustificado, es decir, que el que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo. 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.

D) Ausencia de fuerza mayor, como causa extraña a la organización, y distinta del caso fortuito, supuesto éste en el que sí se impone la obligación de indemnizar.

TERCERO.- Por otra parte, interesa destacar en cuanto al tema de debate y en referencia a la responsabilidad patrimonial en los contratos hoy denominados de concesión de servicios, que señala el artículo 214 del RD Legislativo 3/2011 (y el artículo 198 de la Ley de Contratos del Sector Público aplicable al contrato de concesión de la mercantil en cuestión) que "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”.

En la regulación del contrato administrativo típico de concesión de servicios públicos señala el artículo 280.c) del RDLeg. 3/2011 (en igual sentido la Ley de 2.007 de Contratos del Sector Público) que es obligación del concesionario indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración. Ello no obstante hay que recordar que conforme al artículo 279.2 del RD Legislativo 3/2011, en todo caso, la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate, en concordancia con ello el artículo 126.1 del Reglamento de Servicios de las Entidades Locales señala que “En la ordenación jurídica de la concesión se tendrá como principio básico que el servicio concedido seguirá ostentando en todo momento la calificación de servicio público de la Corporación local a cuya competencia estuviere atribuido, ostentando para ello las potestades que se sistematizan en el artículo 127 del mencionado Reglamento. El artículo 128.1.3^a señala que es obligación del concesionario indemnizar a terceros de los daños que les ocasionare el funcionamiento del servicio, salvo si se hubieren producido por actos realizados en cumplimiento de una cláusula impuesta por la Corporación con carácter ineludible.

Por otra parte el artículo 32.9 de la Ley 40/2.015, de 1 de octubre, vigente a la fecha de los hechos, dice: “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". En igual sentido el artículo 1.3 del RD 429/1993.

CUARTO.- Atendiendo a lo anterior la administración en su resolución afirma que la responsabilidad es exclusivamente del contratista, sin que pueda afirmarse la propia. Es cierto que la jurisprudencia hasta ahora no es unánime, pudiendo encontrar tesis a favor de la responsabilidad directa de la administración sobre los servicios concedidos que esencialmente entiende que es la Administración titular del servicio, que gestiona un tercero, la obligada a responder frente a particulares por los daños en el funcionamiento del servicio, al margen de que los daños sean consecuencia de una orden de la propia Administración o de la propia actuación del concesionario del servicio, tratándose de una responsabilidad culpa "in vigilando" y como consecuencia de daños de un servicio de titularidad municipal que ha decidido que gestione un tercero pero que, en principio, tenía que gestionar el propio Ayuntamiento (STSJ de Cataluña de 16 de Mayo de 2012 o STSJ de Canarias, secc. 1ª, de 1 de Diciembre de 2014, entre otras).

También se encuentra la tesis limitativa de la obligación de resarcir daños y perjuicios de la administración en el caso de gestión indirecta de servicios públicos mediante concesión (STSJ de Castilla La Mancha, secc. 2ª, de 22 de Abril de 2009).

Lo cierto es que con las Leyes 39 y 40/2015 parece que el legislador se inclina por la segunda de las mencionadas tesis y además entre ambas posturas lo que si es coincidente es la exigencia estricta que la administración concedente se pronuncie sobre a quién debe imputarse el daño, pues es claro que atendiendo a lo expuesto hay una obligación ineludible para la administración que es posicionarse en el





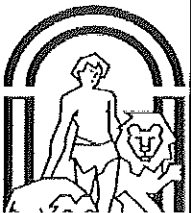
ejercicio de la facultad que le da el artículo 214 RD Leg 3/2011 y debe indicar en cualquiera de los casos si existe responsabilidad y a quién le correspondería, pues el sistema que instituye ofrece una consecuencia alternativa (o el contratista o la administración) y no solidaria o acumulativa.

Esta obligación, conforme a lo anterior, debe entenderse con el máximo rigor, pues lo que no puede es variar su posición creando indefensión a la parte demandante y, entendiéndolo que al declarar la responsabilidad de un contratista lo que hace no es actuar como árbitro o juez pues ello no le compete, sino negar su propia legitimación pasiva, a menos que se trate del excepcional supuesto del artículo 214.3 del RD Leg 3/2011.

Es más el artículo 82.5 de la Ley 39/15 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en este sentido también dispone que: “En los procedimientos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere el artículo 32.9 de la Ley 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 estime necesarios.”

QUINTO.- Descendiendo al supuesto presente, es claro que la parte demandante no ha acreditado que los daños deban imputarse a la administración, siendo que desde el principio del expediente se le ha advertido que es a la concesionaria a quien corresponde. No deriva de una orden de la administración y no se acredita, ni se alega, que derive de una falta de vigilancia de los servicios públicos que tienen una obligación de policía que sería lo que podría determinar incluso el extraordinariamente excepcional marco de la solidaridad impropia entre administración y concesionario.

En el expediente consta informe del Servicio de Parques y Jardines de fecha 14 de agosto de 2015, en el que se hace constar que en el lugar donde sucedieron los hechos tiene asumida la obligación del mantenimiento de zonas verdes y sus infraestructuras la empresa





adjudicataria Fomento de Construcciones y Contratas, S.A. ...de conformidad con las condiciones estipuladas en el Pliego del Expediente 107/2009 y los hechos denunciados no se produjeron como consecuencia de una actividad ordenada por la Administración. Consta así mismo en el expediente que en fecha 31 de agosto de 2015, se notifica oficio a la empresa Fomento de Construcciones y Contratas S.A. en el que se le concede un plazo de audiencia de diez días para presentar las alegaciones, documentos y justificaciones que estimen pertinentes y con base en ello aporta alegaciones en fecha 23 septiembre de 2018, también tras lo anterior se otorga plazo de audiencia al reclamante, mediante escrito notificado en fecha 16 de septiembre de 2015, para examinar el expediente y formular cuantas alegaciones estime pertinentes, con carácter previo al dictado de resolución, presentando escrito de alegaciones, reiterando su petición de indemnización frente a este Ayuntamiento.

En definitiva, no existe en el expediente administrativo el más mínimo elemento directo o indirecto que pudiera permitir al interesado interpretar razonablemente que el Ayuntamiento consideró inexistente la responsabilidad del contratista -por orden directa suya o vicio de proyecto-, sino más bien todo lo contrario, existiendo un informe municipal en el que, tras dar audiencia a la contratista, expresamente se indica que es a la concesionaria a la que compete el mantenimiento del lugar, obligación contractual en ningún momento negada por ésta, habiendo conocido el interesado las circunstancias relevantes - inexistencia de orden directa de la Administración, y de vicios del proyecto- para haber podido dirigir la demanda contra el eventual responsable.

Sin embargo y obviando tales consideraciones, la parte actora se ha mantenido en la tesis de la acción directa contra el Ayuntamiento en base a la mera titularidad pública del servicio municipal, tesis aquélla que no se compadece con la distribución legal de responsabilidad en supuestos de gestión del servicio a través de contratistas tal y como se ha dejado constancia con anterioridad.

Por tanto siendo responsabilidad del concesionario y, no advirtiéndose que se derive de los supuestos que determinarían la





responsabilidad del ayuntamiento, se ha de entender que este y por extensión su aseguradora carecen de legitimación pasiva sobre la cuestión y que la resolución impugnada al determinar que la responsabilidad de los supuestos daños reclamados es de la entidad Fomento de Construcciones y Contratas S.A., se ajusta a derecho, sin que competa a esta jurisdicción solventar la relación entre el recurrente y dicha empresa. Es por todo lo anteriormente expuesto es por lo que procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto declarando la conformidad a derecho del acto administrativo impugnado.

SEXTO.- 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 al existir jurisprudencia menor que avala otras posiciones, tal y como antes se ha expuesto, ello supone un motivo de derecho para no imponerlas expresamente por lo que cada parte satisfará las suyas.

Vistos los preceptos citados, los invocados por las partes y demás de pertinente aplicación al caso de autos,

FALLO

Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por [REDACTED] representada por el Procurador Sr. López Soto, en nombre y representación de [REDACTED] [REDACTED] contra el Ayuntamiento de Málaga, se declara la conformidad a derecho de la resolución impugnada, descrita en el antecedente de hecho primero de esta resolución. No procede hacer pronunciamiento alguno en cuanto a las costas.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Esta sentencia es firme y contra la misma no cabe recurso de apelación. Notifíquese esta resolución a las partes y con testimonio de la misma, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia. Y poniendo testimonio en los autos principales, inclúyase la misma en el Libro de su clase.

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

