



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
NÚMERO CUATRO
DE MÁLAGA**

PROCEDIMIENTO: Procedimiento Abreviado 407/19

SENTENCIA NÚMERO 501/21

En la ciudad de Málaga, a 6 de octubre de 2021.

David Gómez Fernández, Magistrado titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número cuatro de los de Málaga y su Provincia, pronuncia

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY

La siguiente

S E N T E N C I A

Vistos los presentes autos de Procedimiento Abreviado número 407 de los de 2019, seguidos por responsabilidad patrimonial, en los cuales han sido parte, como recurrente, [REDACTED] representada y asistida por el Letrado Sr. Ortiz de Miguel; y como Administración recurrida el Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga, con la representación y la asistencia de la Letrada de su asesoría jurídica Sra. Pernía Pallarés; siendo igualmente parte demandada la mercantil Fomento de Construcciones y Contratas SA, representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Ballenilla Ros y asistida por Letrado que no consta identificado en autos.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Letrado Sr. Ortiz de Miguel, en nombre y representación de [REDACTED] se presentó ante el Decanato de los Juzgados de Málaga escrito de demanda por la que interponía recurso contencioso administrativo frente a la resolución dictada por la Alcaldía-Presidentencia del Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga en fecha 18 de febrero de 2019, dictada en el expediente 323/18, que resolvía inamitir la reclamación de responsabilidad patrimonial instada por la recurrente por cuanto los daños presuntamente ocasionados a la recurrente durante la vigencia del contrato suscrito con la empresa Fomento de Construcciones y Contratas SA podrían tener su causa en una operación de ejecución del contrato, sin que se produjese como consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por la misma, todo ello sin perjuicio de que la parte ejercitase las acciones que estimase oportunas contra la empresa contratista; solicitando el dictado de Sentencia por la que se condenase al Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga y a la entidad Fomento de Construcciones y Contratas a abonar a la recurrente la cantidad de 1.566,17 euros más intereses desde el día de su reclamación, así como las costas del procedimiento.





Segundo.- Convenientemente turnada la demanda, recae el conocimiento de la misma en este Juzgado, dictándose por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia del mismo Decreto admitiéndola a trámite, fijándose en dicha resolución día para la celebración del juicio, reclamándose a su vez de la Administración demandada el expediente administrativo.

Tercero.- Que se celebró el juicio el día señalado con la asistencia de la parte actora y la Administración demandada y la inasistencia tanto de la mercantil codemandada como de la aseguradora personada, y en el que se practicaron las pruebas admitidas con el resultado que figura en el acta unida a las actuaciones. Quedó fijada la cuantía del recurso en la de 1.566,17 euros.

Cuarto.- Que en el presente procedimiento se han cumplido todas las formalidades legales salvo el plazo para señalar vista, dada la acumulación de asuntos en el mismo trámite originada por el volumen de entrada que soporta este Juzgado, que en la anualidad de 2019 superó en casi el doble el módulo de ingreso establecido por el Consejo General del Poder Judicial para los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, reiterándose la ostensible superación de aquellos en los años sucesivos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En el presente litigio se formula recurso contencioso administrativo frente a la resolución referida en los antecedentes de hecho alegando que la misma conculca tanto los artículos 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo en relación con los artículos 25.2 b) de la Ley de Bases de Régimen Local y 92.2.e) del Estatuto de Autonomía de Andalucía; al entender que el siniestro padecido por un vehículo propiedad de la recurrente (con número de matrícula [REDACTED] fue consecuencia del "defectuoso" estado de conservación de un árbol sito en la calle Puerto Oncala del término municipal de Málaga (sin que ni en la reclamación administrativa ni en la demanda se explicita a que concreta atura o número de gobierno del vial), por cuanto la misma cayó sobre el referido automóvil, originando los daños objeto de reclamación (que sitúa en el capó, el parabrisas, el techo y las partes delanteras izquierda y derecha del vehículo). La Administración demandada opuso, en primer lugar, la ausencia de legitimación pasiva, por existir responsabilidad del contratista en la ejecución del contrato de mantenimiento de las zonas verdes y arbolado viario, con la correlativa inexistencia de responsabilidad del Ayuntamiento; esgrimiendo, en segundo lugar -y consiguientemente-, la ausencia de la necesaria relación de causalidad entre el siniestro y la actuación de la Administración. La entidad contratista, por su parte, opuso que no existía prueba fehaciente de que los hechos ocurrieran en la forma narrada en la demanda, así como que los daños reclamados son fruto e fuerza mayor, al haber propiciado la caída del árbol el fuerte viento que ese día soplaban .

Segundo.- Se formaliza el presente recurso contencioso-administrativo frente a una resolución que inadmite a trámite una reclamación de indemnización a favor de la recurrente, indemnización que se cimentaba, a juicio de la parte actora, en la responsabilidad patrimonial en que tanto la Administración demandada como la entidad contratista habrían incurrido (sosteniendo que la responsabilidad concurrente y solidaria de la Administración -y no la exclusiva de una o de otra- devendría de la aplicación del apartado tercero del artículo 1.908 del Código Civil -por ser la propietaria del árbol- y de la existencia de culpa in vigilando de la contratista -afirmando en la demanda que el





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Ayuntamiento está “muy contrariado con los contratos con FCC”, siendo consciente de “la no ejecución o de la ejecución inadecuada de tales contratos”). Con carácter preliminar deben efectuarse una serie de consideraciones generales previas en lo atinente a la regulación legal de la responsabilidad patrimonial y consideraciones jurisprudenciales elaboradas a partir de la aplicación e interpretación de la misma. Así, en primer lugar ha de reseñarse que la misma se encuentra actualmente regulada en el artículo 32 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (que no, como erróneamente se sostiene en la demanda, en los artículos 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -texto legal derogado años atrás-), precepto legal que explicita el principio general de resarcimiento por las Administraciones Públicas de los daños y perjuicios causados por el funcionamiento de los servicios públicos, sancionado constitucionalmente en el artículo 106.2 de la Constitución Española (*“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”*). Conforme a su tenor literal, los particulares tienen *“derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”*. Ambas disposiciones son de aplicación a las Entidades Locales en mérito a la previsión normativa del artículo 54 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (Ley 7/1.985, de 2 de abril), el cual remite a la legislación general sobre responsabilidad administrativa, al igual que el artículo 223 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales (Real Decreto 2.568/1.986, de 28 de noviembre).

Por su parte la jurisprudencia ha venido estableciendo doctrina pacífica y reiterada en cuya virtud la misma precisa, para ser apreciada, la concurrencia de los siguientes requisitos: a) la efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; b) que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal (es indiferente la calificación) de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal; c) ausencia de fuerza mayor; y d) que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. (entre otras muchas, Sentencias de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017 -casación 2040/14-, de la Sección Cuarta de 28 de marzo de 2014 -casación 4160/11-, o las anteriores de 3 de octubre de 2000, 9 de noviembre de 2004, 9 de mayo de 2005, 12 de diciembre de 2006 y 21 de marzo de 2007). Si algún elemento la define (sin perjuicio de las matizaciones que se efectuarán en fundamentos posteriores, dado el peculiar ámbito sectorial del que se trata) no es otro que el carácter marcadamente objetivo de dicha responsabilidad, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, con fundamento en que quien la sufre no tiene el deber jurídico de soportarla (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 enero y 7 junio 1988, 29 mayo 1989, 8 febrero 1991, 10 de mayo, 18 de octubre, 2 y 27 de noviembre y 4 de diciembre de 1993, 22 de abril, 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994, 11, 23 y 25 de febrero y 1 de abril de 1995, 5 de febrero de 1996, 25 de enero de 1997, 21 de noviembre de 1998, 13 de marzo, 24 de mayo





de 1999, 31 de octubre de 2000, 30 de octubre de 2003, 21 de marzo de 2007 o la de 19 de febrero de 2008 -casación 967/04, Sección Sexta-, entre otras muchas). Es decir, y en palabras de la última de las citadas, con el requisito de la antijuridicidad "*se viene a indicar que el carácter indemnizable del daño no se predica en razón de la licitud o ilicitud del acto causante, sino de su falta de justificación conforme al ordenamiento jurídico, en cuanto no impone al perjudicado esa carga patrimonial y singular que el daño implica*". Por tanto, la referida antijuridicidad, como requisito del daño indemnizable, no viene referida al aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración sino al objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión al existir causas de justificación en el productor del daño, decayendo la obligación de la Administración de indemnizar. Es en esta clave en la que ha de entenderse la previsión contenida en el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, conforme al cual solo son "*indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*".

Tercero.- Ahora bien, aseverado lo anterior, igualmente es cierto que el carácter objetivo de esta responsabilidad no supone que la Administración haya de responder de todas la lesiones que se produzcan en el ámbito del servicio público, pues como se ha expuesto anteriormente es preciso que la lesión pueda imputarse al funcionamiento del servicio, quedando exonerada la Administración cuando la intervención de tercero o del propio perjudicado reviste la suficiente intensidad para resultar determinante del resultado lesivo, quebrando la relación con el tan aludido servicio en cuyo ámbito se han producido los hechos (ruptura del nexo causal), aun cuando el funcionamiento del mismo sea defectuoso. Esta idea se expresa con claridad en abundante y constante jurisprudencia al establecer que, a pesar del carácter objetivo de la responsabilidad objeto de estudio, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido no concurrirá responsabilidad en la Administración, y ello aun cuando hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (así, Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo, 23 de mayo, 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996, 16 de noviembre de 1998, 20 de febrero, 13 de marzo, 29 de marzo y 27 de diciembre de 1999, 23 de julio de 2001 o 22 de abril de 2008).

Recordar, por último, y en todo caso, que se ha superado la inicial doctrina jurisprudencial que supeditaba la responsabilidad de la Administración a la existencia de una relación no sólo directa sino igualmente exclusiva entre el funcionamiento del servicio y el resultado lesivo (doctrina esta sostenida en Sentencias como la ya vetusta de 28 de enero de 1972), lo que suponía excluir dicha responsabilidad cuando en el proceso causal incidía de alguna forma el comportamiento del perjudicado o la intervención de tercero. Actualmente, sin embargo, la jurisprudencia viene manteniendo que dicha intervención no supone excluir totalmente la responsabilidad de la Administración, salvo que aquella resulte absolutamente determinante de la lesión. Como ponen de manifiesto las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1984, 11 de abril de 1986, 22 de julio de 1988, 25 de enero de 1997, 26 de abril de 1997, 18 de julio de 2002, 14 de octubre de 2004, 12 de diciembre de 2006 entre otras, la tan citada relación causal entre perjuicio y funcionamiento del servicio público (especialmente en los supuestos de responsabilidad por funcionamiento anormal de aquellos) puede igualmente aparecer bajo formas mediatas, indirectas o concurrentes, circunstancia que puede dar lugar, en su caso, a una posible moderación de la responsabilidad.





Cuarto.- La reclamación de la parte actora halla su razón en un siniestro padecido por un vehículo propiedad de la recurrente (el que tiene por número de matrícula el [REDACTED] cuando se hallaba correctamente estacionado en la Calle Oncala de la ciudad de Málaga el día 24 de marzo de 2018 (en hora no determinada ni en reclamación ni en demanda). El siniestro consistió en la caída al suelo o desplome de un árbol de gran tamaño que se encontraba en dicho vial (en concreto, y a la vista del informe confeccionado el 27 de septiembre de 2018 por el Servicio de Gestión de Reclamaciones Patrimoniales -obrante al folio 19 del expediente-, a la altura los número de gobierno 22 y 15 de dicho vial), precipitándose el mismo sobre el referido vehículo, ocasionando con ello los daños materiales que se reclaman. Opone el Ayuntamiento la inexistencia de responsabilidad de la Administración, pues la labor de poda del arbolado de dicha vía correspondería a la concesionaria a la que se adjudicó la prestación del servicio de mantenimiento de parques y jardines de esa zona de la capital, conforme a lo dispuesto en el artículo 214 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aplicable al supuesto (cuyo contenido se corresponde con el artículo 196 de la vigente Ley de Contratos del Sector Público), así como el 1.3 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Conforme a tal tesis, el Ayuntamiento únicamente resultaría responsable de 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, circunstancias que, arguye, no concurren en el presente supuesto.

Pues bien, al respecto ha de exponerse que en relación a este cuestión existen posicionamientos jurisprudenciales diferenciados e incluso contradictorios. Como refiere la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2003 (casación 3315/1999 con cita de las previa de 30 de abril de 2001 (recurso 9396/96) y 6 de octubre de 1994, en la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo han venido conviviendo dos líneas jurisprudenciales. Conforme a la primera, el artículo 134 del Reglamento General de Contratación del Estado debiera ser interpretado en el sentido de habilitar al particular lesionado para exigir de la Administración contratante, en régimen objetivo y directo, la indemnización por los daños derivados de la obra en trance de ejecución realizada a través de contratista interpuesto, debiendo la Administración, si se dan los requisitos de responsabilidad, abonar la indemnización al dañado sin perjuicio de su derecho de repetición frente al contratista. Esta tesis venía siendo sostenida por el Consejo de Estado en sus dictámenes de 18 de junio de 1970 y 12 de junio de 1973. Mas la segunda línea jurisprudencial apuntada interpreta el artículo 134 según su literalidad, es decir, como una acción dirigida a obtener un pronunciamiento sobre la responsabilidad en atención al reparto de la carga indemnizatoria en los términos del propio precepto. Conforme a este última tesis, la Administración habrá de declarar la responsabilidad del contratista salvo que exista una orden de aquélla que haya provocado el daño o salvo que el mismo se refiera a vicios del proyecto. En los demás supuestos la reclamación, dirigida ante el órgano de contratación, debe resuelta por la Administración, decidiendo la responsabilidad que debe ser satisfecha por el contratista.

Pues bien, esta última tesis, sostenida en Sentencias tales como las de 11 de julio de 1995, 19 de febrero de 2002, o 30 de abril de 2001, es la que viene sosteniendo el tribunal Supremo en la últimas resoluciones. Buena prueba de ello es la Sentencia de la Sección Sexta del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2009 (casación 10.680/2004), en la cual, con ocasión del análisis de los artículos 98 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 13/1995 (cuya redacción posteriormente se plasmó en el artículo 97 del Texto





Refundido aprobado por Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio), 134 del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, y 121.2 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, se ponía de manifiesto como la jurisprudencia (citando al efecto las Sentencias de 20 de junio de 2006 -casación 1344/02, FJ 4º; 22 de mayo de 2007 --casación 6510/03, FJ 3º- y de 16 de marzo de 2009 -casación 10236/04, FJ 5º-) viene proclamando como la regla general en esta materia la constituye la responsabilidad del adjudicatario por los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de la ejecución de contratos de obras (el de actuaciones es distinto, como puede apreciarse), ya que la intervención de aquel rompe el necesario nexo causal entre los daños y la actuación de la Administración, quedando esta última exonerada por dicha razón. Mas no obstante se establecen al respecto excepciones, teniendo en cuenta la titularidad administrativa de la operación y el fin público que se trata de satisfacer, de forma que responde la Administración contratante cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de sus órdenes o de los vicios del proyecto, entendiéndose que el concepto 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, como ponían de manifiesto las Sentencias de la Sala Tercera 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).

Quinto.- Esta dualidad de líneas jurisprudenciales igualmente se observa en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Así, sostiene la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 30 de junio de 2006 que si los daños reclamados fueran atribuibles al funcionamiento de un servicio público –en este caso el de limpieza viaria -, esta relación de causa a efecto no podría verse enervada por la existencia de una concesionaria encargada de la gestión del citado servicio, pues la responsabilidad de ésta lo sería frente a la Administración y no frente a tercero cuando se ejercita la acción de responsabilidad patrimonial, citando a tal efecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1998, que señala como la finalidad del surgimiento del instituto de la responsabilidad de la Administración permite constatar que el título de imputación, aparte de otros que lo complementan, es el de la integración del servicio público en la organización administrativa, de forma que sólo cuando el agente dañoso aparezca obrando dentro de la propia estructura organizativa administrativa, podrá ser posible atribuir a aquélla el resultado dañoso; en consecuencia, hay que considerar como idea rectora en esta materia la de que en toda clase de daños producidos por servicios y obras públicas en sentido estricto, cualquiera que sea la modalidad de la prestación -directamente, o a través de entes filiales sometidos al Derecho privado o por contratistas o concesionarios-, la posición del sujeto dañado no tiene porqué ser recortada en su esfera garantizadora frente a aquellas actuaciones de titularidad administrativa en función de cuál sea la forma en que son llevadas a cabo, y ello sin perjuicio, naturalmente, de que el contratista y el concesionario puedan resultar también sujetos imputables.

En la misma dirección parece apuntar la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 5 de noviembre de 2008 (recurso 1893/2002), en la que se afirma que el particular lesionado puede exigir de la Administración contratante, como titular de un servicio público, en régimen objetivo y directo, la indemnización por los daños derivados de su funcionamiento, aun cuando aquella actué a través de un contratista interpuesto, debiendo la Administración, si se dan los requisitos de la responsabilidad patrimonial, abonar la indemnización al dañado, sin perjuicio de que aquella pueda repetir frente al contratista. Y





para ello se hace alusión a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1989, reiterada por la de 20 de octubre de 1998, donde se afirma que “la Administración no puede desentenderse de los daños causados por el concesionario de los cuales responde directamente” sin perjuicio, claro está de su derecho de repetición. Y ello porque aun cuando la Administración no gestiona, sino que lo hace el concesionario, no queda al margen de la actuación de este último, pues sigue siendo responsable de las situaciones de riesgo que pudieran haberse creado sin perjuicio, claro está, de repetir contra el concesionario, cuando corresponda. Y ello porque el concesionario es, en todo caso, y no sólo cuando actúan poderes públicos extraconcesionales cuyo ejercicio se haya transferido, un delegado de la Administración.

No obstante, como se ha expuesto, igualmente existen resoluciones que efectivamente apuntan hacia la tesis que defiende la Administración. Pero con importantes matices. Así, en la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 20 de abril de 2009 (recurso 337/2002), citando la previamente dictada por la misma Sala el 21 de enero de 2005, se exponía que aun cuando pudieran resultar aplicables a estos supuestos los artículos 98 y 162 de la Ley 13/1995 de 18 de mayo (actualmente lo sería el artículo 196 de la vigente Ley de Contratos del Sector Público), su aplicación requeriría que la Administración adverase que los daños reclamados fueron causados como consecuencia de operaciones que requiera la ejecución del contrato, sin que al efecto bastaren meras alusiones a las previsiones reflejadas en el contrato de concesión del servicio de mantenimiento de parques y jardines, pues habría de analizarse igualmente los términos del contrato sobre la intensidad o periodicidad con la que habrían de realizarse las labores a cuya omisión se imputan los daños, siendo ello determinante para evaluar la intervención del concesionario en el daño causado. En el supuesto que no se adverase la ausencia de conexión de la actuación administrativa con el evento dañoso producido, habrá de partirse de su derivación del desenvolvimiento del servicio público local, en cuyo seno debe considerarse desarrollada la actuación dañosa.

Sexto.- Mas lo cierto es que a la vista del exhaustivo y completo informe del Servicio de Parques y Jardines del Área de Gobierno de Sostenibilidad Medioambiental del Ayuntamiento demandado fechado el día 8 de octubre de 2018, obrante a los folios 25 a 27 del expediente administrativo, en el referido expediente no se efectúan “meras alusiones” a la existencia del contrato, sino que se reproduce con detalle su clausulado en lo que al respecto interesa, concretándose sin duda en los apartados 5.1.1 del pliego de condiciones cómo es a la concesionaria a la que corresponde las labores de “*mantenimiento predictivo, preventivo y correctivo*” de los espacios verdes -incluyendo, por tanto, el arbolado y resto de elementos vegetales-. De igual forma, en el apartado 7.4.12 del pliego de condiciones se imponía a la contratista la responsabilidad de la “*planificación, desarrollo, seguimiento y control de la sanidad vegetal y de la seguridad del arbolado*”, así como de los “*daños que pudiesen generarse sobre el propio arbolado o hacia terceros, como consecuencia del incumplimiento de los requisitos establecidos en el programa o mala praxis en la ejecución del mismo. El objetivo del programa consiste en atender las posibles situaciones que pueden comprometer la sanidad vegetal y la seguridad de las personas. No obstante, la aplicación exhaustiva del programa no garantizará que no se produzcan accidentes -porque pueden acontecer situaciones de fuerza mayor- pero sí permitirá disponer de la información necesaria para tomar las medidas más adecuadas cada año, al estar vinculado al mantenimiento actualizado del inventario en este sentido*”. A tal efecto se contemplaba expresamente que el programa debía comprender varias actuaciones, entre las que destacan el “*análisis visual*”, “*otras técnicas alternativas del análisis visual*” y, muy destacadamente





-a los efectos que interesan a este procedimiento- la *“determinación de la probabilidad de fractura o caída de ejemplares o parte del mismo”*. Por último, y a modo de corolario de tales obligaciones, en los apartados 11.2.3 y 11.3 del Pliego se recoge cómo la contratista debe adoptar *“las medidas preventivas necesarias para evitar accidentes o perjuicios de todo orden sobre personas y bienes”*; razón por la que resultan responsables de los accidentes o daños de cualquier naturaleza originados tanto por *“negligencia culpa o incumplimiento”* de las obligaciones contempladas en el pliego contractual, como por *“una inadecuada ejecución de las labores”*.

A la vista del clausulado resulta evidente que es a la concesionaria a la que correspondía el mantenimiento del árbol al que se alude en la demanda, y, por tanto, es aquella la responsable de los daños producidos como consecuencia de la ausencia de un correcto mantenimiento y vigilancia del estado del ejemplar que cayó al suelo, originando con ello, tras impactar en el vehículo propiedad de la recurrente, los daños reclamados; siendo tal operación propia de la ejecución del contrato, sin que, además, aparezca plausible que dicha ausencia de mantenimiento pueda imputarse a una orden directa de la Administración (esto es, que indicase de forma expresa que ese concreto ejemplar no fuese vigilado o mantenido -incluso eliminado-) o de un vicio del proyecto. Desde este punto de vista, la resolución recurrida resulta plenamente conforme a derecho, debiendo ser desestimado el recurso formulado frente a aquel. Es esta la conclusión alcanzada por la Superioridad de este Juzgado en Sentencias tales como las de la Sección Funcional Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de 20 de junio de 2016 (dictada en el rollo de apelación 884/2014), que a estos efectos razona cómo *“...el sentido y finalidad de la regulación legal actual, en suma, no es otro que el meramente preparatorio de la acción resarcitoria, propiamente dicha, pero lo que ha permanecido invariable es el reparto de responsabilidad entre Administración y contratistas en supuestos como el aquí examinado, siendo de cuenta de estos últimos, por tanto, el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la ejecución de las operaciones que requiera la contratación cuando no dimanen de una orden directa e inmediata de la Administración o de vicios o defectos del proyecto.”* Por tanto, ha de desecharse que la Administración ostente responsabilidad alguna en la producción de los daños (como no lo es de la ejecución de las operaciones del contrato), sin que el hecho de ostentar la competencia del mantenimiento de las zonas verdes o la titularidad de las mismas la convierta, sin más, en responsable de la deficiente ejecución de un contrato administrativo. Tampoco puede apreciarse dicha responsabilidad por una supuesta culpa in vigilando no adverbada, ya que la misma pretende sustentarse en una mera publicación periodística fechada varios meses después de acontecer los hechos en los que sustenta su demanda (pretendiendo la actora, además, que este Juzgado de por ciertos los hechos allí narrados por la sola circunstancia de aparecer publicados en un medio de comunicación) en lugar de desplegar una actividad probatoria que avalase tal tesis.

Séptimo.- La única disyuntiva que pudiera suscitarse es si, alcanzada esta conclusión, podría en esta sentencia procederse a la condena de la entidad contratista que actuó en la posición de codemandada, frente a la que se dirigió igualmente la demanda. Pudiera argumentarse que aun cuando es cierto que el Juzgado puede proceder a declarar la responsabilidad de sujetos privados en procedimientos que versen sobre responsabilidad patrimonial de la Administración y a la condena de aquellos, no lo es menos que el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial exige bien la existencia de una relación de aseguramiento entre sujeto privado y Administración (lo que en este caso no sucede), de responsabilidad indirecta entre sujeto privado o Administración (extremo que tampoco se





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

verifica, pues la Administración demandada no ostenta la responsabilidad indirecta de las acciones u omisiones de la contratista, como se ha explicitado con los preceptos legales antes transcritos) o bien la existencia de una responsabilidad concurrente entre Administración y sujeto privado. Si se estimase, con base en el citado precepto, que la posible declaración de responsabilidad de los sujetos privados codemandados parten de un presupuesto inexorable sin el cual no procede declaración alguna, que no es otro que la previa declaración de responsabilidad de la Administración, la respuesta sería negativa. Pero tal tesis no es correcta, a la luz de la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Así, y tal y como se expone en la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala Tercera de 21 de noviembre de 2007 (casación 9881/03), y se reitera en la Sentencia de la misma Sala y Sección de 24 de febrero de 2009 (casación 8524/04), que, en lo que interesa a lo previamente expuesto, no supone obstáculo en la competencia de esta jurisdicción para proceder a la condena de los sujetos privados codemandados en un supuesto de responsabilidad patrimonial la circunstancia de que se excluya la responsabilidad de la Administración (como en este supuesto), ya que ello no imposibilita el enjuiciamiento de la responsabilidad de los particulares concurrentes con aquella, pues tal interpretación del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa iría en contra del principio de unidad jurisdiccional y conduciría a un nuevo peregrinaje de jurisdicciones, puesto ya de manifiesto con la legislación anterior, que sería absolutamente contrario a la efectividad de la tutela judicial efectiva proclamada por el artículo 24 de la Constitución. En este sentido las Sentencias antes citadas refieren el precedente que al respecto supuso la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007 (casación 4872/2003) en la que, tras excluir la responsabilidad de la Administración, el Tribunal de instancia había efectuado condena de particulares, y cuestionada ésta en vía casacional, se rectificó la cuantía indemnizatoria, mas sin excluir la posibilidad de que el orden jurisdiccional contencioso administrativo se pronunciara sobre la condena de particulares con exclusión del reconocimiento de responsabilidad de la Administración, puesto que el recurso contencioso administrativo se había planteado contra una decisión administrativa apreciando el recurrente (que es lo que determina la competencia de esta jurisdicción, con independencia de lo acertado o no de dicha apreciación) que coexistía responsabilidad de la Administración junto con la de los particulares.

Por tanto, resultando viable la posible condena de la misma, ha de evaluarse la posible responsabilidad de su actuar en la producción del evento dañoso. Y a la vista de lo expresado en previos fundamentos resulta manifiesto que el accidente no se habría producido caso de haberse efectuado correctamente por la codemandada las labores de vigilancia, mantenimiento y conservación del ejemplar que se desplomó sobre la vía pública, impactando en el techo del vehículo de la demandante (que presenta daños en el techo, parabrisas, puerta delantera derecha y capó, conforme al informe-valoración que consta a los folios 9 y 10 del expediente). La realidad del siniestro y de la caída de la rama se encuentra, por otra parte, plenamente averada con el informe de la Policía Local de 16 de abril de 2018 que consta al folio 8 del expediente y las fotografías obrantes al folio 7; sin que, desde luego, resulte necesaria su ratificación en el plenario para desplegar efectos probatorios (dada la condición de documentos públicos que ostentan los incorporados el expediente administrativo -conforme se desprende del tenor del artículo 70.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas-, y el valor probatorio que a los mismos otorga el artículo 319.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). E igualmente se ha de entender averada tanto la relación de causalidad entre los daños padecidos y las labores de mantenimiento del ejemplar (en este caso, la ausencia de tal





mantenimiento cuando aquel -y a la vista está- resultaba preciso) como la negligencia de la codemandada (que, estando obligada a las citadas labores respecto del ejemplar en cuestión, no las realizó o las llevó a cabo de forma defectuosa), y que se limitó en vía administrativa a obtener copia del expediente (folios 31 a 54) sin formular alegación alguna, pese a habersele otorgado dicha posibilidad (a la vista del folio 28).

Por otra parte, tampoco puede excusar su responsabilidad la codemandada por una pretendida existencia de fuerza mayor en la producción de los hechos (al hallar su génesis, sostiene, en el viento que soplaba en la fecha en la que tuvieron lugar los hechos). Y es que, conforme a constante, pacífica y reiterada línea jurisprudencial de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (siendo buen exponente de la misma la Sentencia de su Sección Sexta de 23 de octubre de 2007 –casación 2094/04-, que, a su vez, cita las previas de 26 de febrero de 1998, recurso de apelación número 4587/1991, 6 de febrero de 1996, recurso número 13862/1991, 18 de diciembre de 1995, recurso número 824/1993, 30 de septiembre de 1995, recurso número 675/1993, 11 de septiembre de 1995, recurso número 1362/1990, 11 de julio de 1995, recurso número 303/1993, 3 de noviembre de 1988, 10 de noviembre de 1987 y 4 de marzo de 1983) *“la fuerza mayor no sólo exige que obedezca a un acontecimiento que sea imprevisible e inevitable, como el caso fortuito, sino también que tenga su origen en una fuerza irresistible extraña al ámbito de actuación del agente; de tal forma que para poder apreciarse esta debe consiguientemente examinarse si estamos o no ante una situación extraordinaria, inevitable o imprevisible, o si por el contrario nos hallamos en presencia de una situación previsible con antelación suficiente que hubiera permitido adoptar medidas a la Administración que evitasen los daños causados”*. Partiendo de dicha premisa, y a la vista de lo obrante a los folios 11 a 14 del expediente (en los que se refleja que la máxima velocidad alcanzada por el viento en dicha fecha en la ciudad de Málaga fue de 42,4 kilómetros a la hora) se concluye que no concurre la citada situación de fuerza mayor que pueda eximir su responsabilidad. Y es que, como expone la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 5 de noviembre de 2008 (recurso número 2007/2002, asumiendo a este respecto el dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado en sesión celebrada el día 14 de mayo de 2003), *“ la existencia de un fuerte viento, aunque tenga una fuerza desacostumbrada, no es constitutiva de fuerza mayor. Ésta se reserva por la legislación y por la doctrina a hechos independientes de la voluntad y casos verdaderamente insólitos, extraordinarios, imprevisibles y de efectos irresistibles o inevitables. La escala de Beaufort, que consta de doce grados, ubica los vientos de fuerza 89 a 102 (temporal) en el grado décimo, pero sitúa por encima de él los temporales duros (vientos de 103 a 117 km. por hora) y los huracanes (vientos de 118 a 133 km. por hora)”*. Es por ello, concluye, que vientos de velocidad inferior a los referidos en último lugar no constituyen un *“fenómeno verdaderamente insólito y extraordinario”*. Y a ello añadía *“Además, una de las características definidoras de la fuerza mayor es la generalidad de sus efectos; en el caso de las obligaciones contractuales genéricas, sólo hay fuerza mayor si el género perece y la imposibilidad de cumplir es absoluta y permanente; y, en el caso de las obligaciones extracontractuales que originan el deber de resarcir, cuando la causa generadora del daño tiene efectos devastadores, generales. En el caso presente, no consta que el viento fuerte habido tuviera efectos devastadores sobre el arbolado existente en las márgenes de la carretera. Antes al*





contrario, está acreditado que sólo uno de los árboles de los sitios en los alrededores se desplomó sobre la calzada”, concluyendo, por ello que en tales casos “acaecimiento generador del daño que pueda ser calificado de fuerza mayor y que, por tanto, permita a la Administración exonerarse de responsabilidad”. En la misma dirección apunta la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 26 de septiembre de 2010 (recurso número 2751/2003), al razonar lo siguiente: “el Ayuntamiento no ha conseguido desmontar la ruptura del nexo causal en base a la concurrencia de fuerza mayor, puesto que el viento existente ese día no puede catalogarse, a juicio de esta Sala, con la suficiente intensidad. A propósito de las rachas de viento como circunstancia que excluye de responsabilidad patrimonial, la Sala de Sevilla de esta jurisdicción y de este Tribunal, en Sentencia dictada el 25 de junio de 2.002, con base en un informe del Instituto Nacional de Meteorología, ponía de relieve que el viento que sopla con velocidad comprendida entre 89 y 102 Km/h se clasifica, en la escala internacional Beaufort, como de temporal. Y si acudimos al Reglamento del Seguro de Riesgos Extraordinarios, para que el viento constituya un riesgo extraordinario, por tanto, para que se le considere como causa de fuerza mayor, ha de presentar rachas que superen los 135 Km/h, o que se trate de tornados, o borrascas frías intensas con velocidades de viento mayores de 84 Km/h, o ciclones violentos, en que se superan los 96 Km/h”. En definitiva, dada la ausencia de prueba existente en el propio expediente (o practicada en el plenario a instancias de la codemandada) que demuestre la superación de tales umbrales, no puede asumirse, sin más, que el viento era lo suficientemente intenso para poder ser calificado de fenómeno verdaderamente insólito, extraordinario imprevisible y de efectos irresistibles, ni tampoco que sus efectos merezcan la consideración de devastadores y generales (bastando a estos efectos visionar las fotografías obrantes a los folios 7, 21, 22 y 23 del expediente, en las que se aprecia que en el mismo lugar existen otros ejemplares que no se partieron el mismo día con idénticas rachas de viento). Por ello, el fenómeno meteorológico que se refiere no puede válidamente esgrimirse para excluir la existencia de una responsabilidad patrimonial que deviene, con claridad, de una inadecuada conservación del ejemplar en cuestión, al desplomarse por la acción de vientos que, aun cuando pudieran ser calificados de fuertes, no tienen la condición de extraordinarios. En definitiva, la demanda ha de ser estimada frente a la codemandada con carácter exclusivo, al no poderse apreciar responsabilidad alguna por parte de la Administración.

Octavo.- Establece el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa tras su reforma por la Ley 37/2011, aplicable a este procedimiento por razones temporales, que 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; añadiendo que en los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional,





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad. Se consagra, por tanto, el criterio del vencimiento objetivo que ya estableció el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En lo que respecta a la demanda formulada por el recurrente frente al Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga, deben imponerse a aquel las costas originadas por dicha acción, que resulta íntegramente desestimada. En cambio, al estimarse íntegramente la demanda formulada frente a la contratista, esta última habrá de ser condenada al pago de las costas derivadas de dicha acción.

Vistos los precitados artículos y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Letrado Sr. Ortiz de Miguel, en nombre y representación de [REDACTED] frente al acto administrativo citado en los antecedentes de hecho de la presente resolución, que se ajusta a derecho.

Se imponen a la parte actora las costas derivadas del ejercicio de dicha acción.

Ello no obstante, y de acuerdo con lo razonado en el cuerpo de la presente resolución, se estima la demanda formulada por el Letrado Sr. Ortiz de Miguel, en nombre y representación de [REDACTED] frente a la mercantil Fomento de Construcciones y Contratas SA, por lo que condeno a esta última abonar a [REDACTED] la cantidad de 1.566,17 euros más los correspondientes intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de la reclamación administrativa a la de dictado de la presente.

Se imponen a la mercantil Fomento de Construcciones y Contratas SA las costas derivadas del ejercicio de dicha acción.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que es firme en atención a la cuantía referenciada en el tercero de los antecedentes de hecho de la presente resolución y que frente a la misma no podrán interponer recurso alguno.

Así, y por esta mi sentencia, lo dispongo mando y firmo. David Gómez Fernández, Magistrado, titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número cuatro de los de Málaga.

