



ADMINISTRACIÓN
DE

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº1 DE MALAGA

C/ Fiscal Luis Portero García s/n
Tel.: 951939071 Fax: 951939171
N.I.G.: 2906745320190004084

Procedimiento: Procedimiento abreviado 577/2019. Negociado: PG

Recurrente: ALLIANZ, SA

Letrado: ANDRES LOPEZ JIMENEZ

Procurador: PEDRO BALLENILA ROS

Demandado/os: AYUNTAMIENTO DE MALAGA

Letrados: S.J.AYUNT. MALAGA

Codemandado/s: SEGURCAIXA ADESLAS SA DE SEGUROS Y REASEGUROS

Letrados: JAVIER LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA

Procuradores: MARIA DEL CARMEN MIGUEL SANCHEZ

Acto recurrido: RESOLUCION 26/4/19 - RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

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

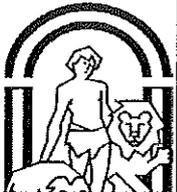
S E N T E N C I A N º 332/2022

En Málaga, a diecisiete de octubre de dos mil veintidós.

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 577/19, sustanciado por el Procedimiento Abreviado, interpuesto por la entidad mercantil Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., representada por el Procurador Sr. Ballenilla Ros y asistida por el Abogado Sr. López Jiménez contra el Excmo. Ayuntamiento de Málaga, representado y asistido por el Letrado adscrito a sus Servicios de Asesoría Municipal Sr. Verdier Hernández, habiéndose personado como codemandada la entidad mercantil Segurcaixa Adeslas, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros, representada por la Procuradora Sra. Miguel Sánchez y asistida por la Abogada Sra. Jiménez Lorente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la mencionada representación de la entidad mercantil Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. interpuso





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

recurso contencioso-administrativo contra la resolución de fecha 26 de abril de 2.019 del Ayuntamiento de Málaga, recaída en el expediente nº 406/2018, por la que se inadmite la reclamación de responsabilidad patrimonial realizada por la entidad recurrente puesto que, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 32.9 de la Ley 40/15, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, los daños presuntamente ocasionados en el periodo en que la entidad Fomento de Construcciones y Contratas S.A., tenía asumidas con esta Corporación las obligaciones de mantenimiento de zonas verdes del lugar, podrían tener su causa en una operación de ejecución de éstas, 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 que tiene asumidas las obligaciones de mantenimiento de las zonas verdes del lugar, 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.- Dadas las circunstancias sanitarias concurrentes y conocidas, teniendo en cuenta la dificultad que entrañaba la celebración de vistas y que para la resolución del presente recurso contencioso-administrativo se consideraba suficiente como elemento probatorio el expediente administrativo y los documentos aportados junto con la demanda, se acordó su tramitación sin necesidad de





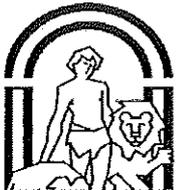
recibimiento a prueba ni tampoco de vista, concediendo diez días a la parte actora para que a la vista del expediente pueda realizar las alegaciones que considere oportunas o ratificar la demanda por escrito.

QUINTO.- Habiendo presentado escrito la parte actora dando cumplimiento a lo anterior, se dio traslado a la representación de la Administración demandada y de la codemandada personada por plazo de veinte días para contestar a la demanda por escrito y verificado quedaron conclusos los autos y se trajeron a la vista para dictar la resolución correspondiente.

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 pasado día 11 de diciembre de 2.017 se encontraba el vehículo matrícula 1753JGP propiedad de la entidad Silvestre Autodistribución SL, teniendo contratada con Allianz la póliza de seguro nº 40631741, debidamente estacionado en Avda de Larrocha, de esta ciudad cuando una rama de grandes dimensiones de un árbol cayó sobre dos vehículos produciéndoles daños, siendo uno de ellos el 1753JGP, asegurado por la entidad recurrente que sufrió daños cuya reparación asciende a 1.526,66 euros (sin IVA), que han sido abonados por la entidad recurrente en virtud de la póliza contratada, por lo que solicita se dicte sentencia por la que se estime la demanda y se condene al Excmo. Ayuntamiento de Málaga y/o a Fomento de Construcciones y Contratas, a abonar a la recurrente dicha cantidad por los daños y perjuicios sufridos por el actuar negligente de personas que trabajaban para el Excmo. Ayuntamiento de Málaga.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

La Administración demandada y la codemandada personada, en una misma línea argumental y en oposición a la anterior pretensión, alegan que la resolución recurrida inadmite la reclamación de responsabilidad patrimonial al entender que constando en el expediente informe del Servicio Municipal de Parques y Jardines en el que se hace constar la existencia de contrato para el mantenimiento de la zona verde en la que se produjo el siniestro con la entidad Fomento de Construcciones y Contratas S.A., no encontrándonos, por tanto, en la presente reclamación, con el supuesto previsto en el artículo 32.9 de la Ley 40/15, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, debiendo referirse igualmente al RDL 3/2011, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos de las AA.PP, como el propio Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (Cláusula 11) y la jurisprudencia son claras, estableciendo que en el caso de existencia de un contratista -como es el caso-, las reglas de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones sufren una alteración importante, de tal forma que la responsabilidad por daños a terceros corresponde al contratista salvo que el daño traiga causa inmediata y directa de una orden de la Administración, o de vicios del proyecto elaborado por ella, siendo que ello obedece a la circunstancia de que el contratista no se integra en la estructura administrativa, siendo un colaborador externo de la Administración, 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 este procedimiento, no pudiendo apreciarse ningún tipo de culpa in vigilando, añadiendo que corresponde a la parte actora probar cumplidamente tanto la existencia del daño como su cuantificación, añadiendo subsidiariamente que no consta la existencia de avisos de





vecinos o comerciantes de la zona que alertaran de un posible riesgo, lo que pone de manifiesto que, al menos aparentemente, el árbol no presentaba un mal estado que pudiera haber apreciado algún servicio municipal y a mayor abundamiento, debe indicarse que el día 11 de diciembre de 2017 fue una jornada con fuerte viento, que alcanzó una velocidad media de 48,2 Km/h, y rachas de casi 100 Km/h.

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 3071992, 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.

En el mismo sentido y 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, al igual que señalaban los anteriores Textos Refundidos de 2.000, 2007 y el actual de 2.017, 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 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”.

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 (hoy 196.3 de la LCSP 9/2017, de 8 de noviembre) 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.





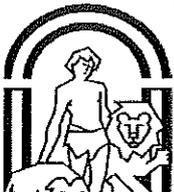
Esta obligación, conforme a lo anterior, debe entenderse con el máximo rigor, pues lo que no puede es variar su posición creando indefensión a la parte demandante y, entendiendo que al declarar la responsabilidad de un contratista lo que hace no es actuar como árbitro o juez pues ello no le compete, 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 contratista 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 Municipal de Parques y Jardines (folios 69-71), en el que se hace constar que la entidad Fomento de Construcciones y Contratas S.A., tenía asumidas con esa Corporación las obligaciones de mantenimiento de zonas verdes del lugar y los hechos denunciados no se habían producido como consecuencia de una orden directa.

Consta así mismo en el expediente que se concede a la empresa Fomento de Construcciones y Contratas S.A. un plazo de audiencia de diez días para presentar las alegaciones, documentos y





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

justificaciones que estimen pertinentes y que se persona por medio de representante en el expediente (folio 72 y ss), también tras lo anterior se otorga plazo de audiencia al reclamante con carácter previo al dictado de resolución(folio 98-100).

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 contratista 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 empresa 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.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

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 el Procurador Sr. Ballenilla Ros, en nombre y representación de la entidad mercantil Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. 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.

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.

