

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 Málaga

Procedimiento abreviado nº 152/2021

Magistrado: Óscar Pérez Corrales

**Recurrentes: Catalana Occidente, SA y [REDACTED]
Letrada y procurador: Paloma García Gálvez y Pedro Ballenilla Ros**

Demandado: Ayuntamiento de Málaga, asistido y representado por Juan Manuel Fernández Martínez, letrado municipal

**Codemandado (1): MAPFRE ESPAÑA, SA
Letrado y procuradora: Juan Antonio Romero Bustamante y M^a Soledad Vargas Torres**

**Codemandado (2): OBRATEC INGENIERÍA, SL
Letrado y procurador: Alfonso Ortiz de Miguel y Rafael Rosa Cañadas**

SENTENCIA Nº 206/2023

En Málaga, a 18 de julio de 2023.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- 1. El día 31-3-2021 se interpuso recurso c-a frente a la resolución de 8-2-2021 dictada por el titular de la Asesoría jurídica del Ayuntamiento de Málaga (por delegación de su alcalde), que inadmite la reclamación formulada por el recurrente el día 22-7-2020 en concepto de responsabilidad patrimonial.

2. Subsanaos los defectos procedimentales, se dictó decreto de admisión a trámite el día 3-6-2021, señalándose para la celebración del juicio el día 12-7-2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Es objeto de recurso c-a la resolución de 8-2-2021 dictada por el titular de la Asesoría jurídica del Ayuntamiento de Málaga (por delegación de su alcalde), que inadmite la reclamación formulada por el recurrente el día 22-7-2020 en concepto de responsabilidad patrimonial.



Habiendo desistido el recurrente en el juicio respecto de la pretensión formulada por [REDACTED] resulta que ejercita el recurrente una pretensión de plena jurisdicción (art. 31.2 LJCA), pues a la pretensión de declaración de invalidez del acto añade la del reconocimiento de una situación jurídica individualizada mediante la petición de indemnización por importe de 1 958,47 € a cargo del Ayuntamiento demandado; además, ejercita una pretensión de condena dineraria frente a OBRATEC INGENIERÍA, SL.

2. Sobre la posición procesal de la aseguradora del Ayuntamiento de Málaga ha de precisarse que su personación lo es por la vía del art. 21.1 b) LJCA por tener derechos o intereses legítimos que pudieran verse afectados por la sentencia. No se trata, por tanto, de un supuesto de personación (para la aseguradora en concreto) del art. 21.1 c) por cuanto que no se ha ejercitado frente a ella por el recurrente la acción directa en los términos que previó el art. 9.4 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con el art. 76 de la ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro (precisamente, el apartado c) fue introducido por la disposición adicional 4.4 de la LO 19/2003 de reforma de la LOPJ y que supuso la nueva redacción de su art. 9.4). Sirva lo anterior para precisar que cualquier eventual estimación de este recurso no conllevará pronunciamiento condenatorio alguno respecto de la aseguradora como, por lo demás, y para tal supuesto de ausencia de ejercicio de acción directa, aclara en su fundamento de derecho quinto la STS, 3ª, secc. 6ª, de 25-5-2010 (rec. 7584/2005).

SEGUNDO.- 1. El origen de la reclamación se encuentra en la circunstancia de que el día 31-5-2020, estacionado en la calle de Dolores Ibarruri el vehículo con matrícula [REDACTED] cayó sobre él un árbol, causando daños, cuyo importe reclama a aseguradora ahora recurrente.

La Administración considera (informe de la Junta Municipal de Distrito 7, carretera de Cádiz, que durante los meses de abril y mayo se estuvieron realizando obras contratadas por la Junta de Distrito con Obratec Ingeniería, SL (proyecto de reparación y acerado de alcorques Fase I en la calle de Dolores Ibarruri del Distrito 7). Negando la contratista que la caída del árbol fuese consecuencia de su actuación cortando sus raíces, el 10-12-2020 informa al Servicio de Parques u Jardines, analizando diversos hitos temporales, como el del día 27-2-2020 (se observa que la contratista ha cortado las raíces de un árbol, aportando fotografía, se bliza la zona y se retira el árbol); el 16-3-2020 vuelca un árbol cuyo alcorque se había reparado; 29-5-2020, vuelcan varios árboles cuyos alcorques se habían reparado.

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

A partir de lo anterior, y descartada la responsabilidad de la Administración, no será ocioso



recordar que de la lectura conjunta de los artículos 9.4 LOPJ y 2 e) LJCA se deduce el intento del legislador de no quedar resquicio alguno en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública que permita el conocimiento del asunto a otro orden jurisdiccional distinto del contencioso-administrativo, razón por la que atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa tanto el conocimiento de las acciones directas (dirigidas contra la Administración y su aseguradora), como las dirigidas contra cualquier otra entidad, pública o privada, aunque las mismas, solo de una forma indirecta, sean responsables, junto a la administración, de los daños y perjuicios causados. En definitiva, y así nos ilustra la STS, 3ª, secc. 6ª, 21-11-2007 (rec. 9881/2003), que corresponde al orden contencioso administrativo el enjuiciamiento de las cuestiones referentes a responsabilidad de la Administración pública y que, cuando ésta se articule en concurrencia con privados o compañías aseguradoras, todos ellos han de ser igualmente demandados ante el orden contencioso administrativo, que queda ya facultado, como lo era el orden jurisdiccional civil con anterioridad a la reforma del año 1998, para el enjuiciamiento de la responsabilidad tanto de la Administración pública como de los particulares.

Y si lo anterior es así, aun cuando se excluyera finalmente en sede jurisdiccional la responsabilidad de la Administración, podemos pensar que ello no imposibilita el enjuiciamiento de la responsabilidad de los particulares concurrentes con aquella. Otra interpretación de los preceptos antes mencionados iría en contra del principio de unidad jurisdiccional y conduciría a un nuevo peregrinaje de jurisdicciones, puesto ya de manifiesto con la legislación anterior, y que sería absolutamente contrario a la efectividad de la tutela judicial efectiva proclamada por el artículo 24 de la Constitución (cfr. sentencia citada y la de la misma Sala 3ª de 26-9-2007, rec. 4872/2003).

Señalar, en fin, que desde la perspectiva lógico-jurídica carecería de sentido permitir que la pretensión resarcitoria se dirigiese, además de contra la Administración, contra particulares, si el Juez de lo contencioso-administrativo sólo pudiese condenar a la Administración, o junto con ésta última, de forma solidaria al contratista o concesionario.

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

La consecuencia del anterior planteamiento ha de ser que no siendo suficiente, cuando interviene un contratista, la titularidad del espacio público para imputar la responsabilidad del daño a la administración, no detectándose en el caso clase alguna de desatención en la supervisión del contrato ni orden, el recurso c-a ha de ser desestimado.

4. Respecto del contratista, frente al informe ya expresado del Servicio de Parques y Jardines, considera que no existió actuación negligente alguna por su parte, emitiendo un informe -f. 142-150 e.a. - donde así lo explica, aunque imputando la caída de árboles el día 31-5-2020 al fuerte viento y lluvia. Sin embargo, la pluralidad de indicios acreditados (ejecución de obras en alcorques, afectación previa de otros árboles y afectación más intensa el día 30-5-2-2020) que permiten inferir que la caída de los árboles se produjo por



la actuación coincidente en el tiempo por la contratista, de donde resultaría un proceder negligente en la ejecución, no se ve contradicha por la sola afirmación de haberse producido el día 30-5-2020 fuertes vientos causantes de la caída.

En definitiva, alega una suerte de fuerza mayor. Recordemos, y así lo dice la STS, Sala 3ª, sec. 6ª, 29-6-2002, rec. 1729/1998, que la fuerza mayor, cuyo significado ha sido perfectamente definido en el plano teórico, presenta una concreción extremadamente casuística, atendiendo a las circunstancias del supuesto enjuiciado, de modo que cualquier otra referencia, que no sea a sus rasgos o requisitos esenciales, es ordinariamente inoperante a los efectos de resolver el caso concreto. Por tanto, partamos (y así lo dice la STS, 3ª, Sec. 4ª, 10-11-2008, Rec. 5221/2006) de la idea general de que *la fuerza mayor es un concepto jurídico que debe ser ceñido, como reiteradamente ha repetido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al suceso que esté fuera del círculo de actuación del obligado, que no hubiera podido preverse o previsto fuese inevitable como guerras, terremotos, etc.*

Pero también la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo (Sec. 6ª, Sentencia de 23-10-2007, RC 2094/2004, con las numerosas que cita) matiza incluso ese carácter imprevisible e inevitable afirmando que *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.*

También puede hacerse referencia a la STSJ Andalucía, Sala de Málaga, Sec. 1ª, de 5-11-2008 (recurso 2007/2002), asumiendo el dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado en sesión celebrada el día 14-5-2003: *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 misma Sala (Sec. 3ª) de 26-9-2010 (recurso nº 2751/2003): *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 2002, 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 (hay que tener en cuenta que en la actualidad el Decreto vigente es el 300/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del seguro de riesgos extraordinarios, que califica como "vientos extraordinarios" aquellos que presenten rachas que superen los 120 Km. por hora.*

No queda, por tanto, probada la fuerza mayor alegada por superar el viento los índices anteriormente expresados.

5. Sobre la extensión del daño, con el escrito de reclamación inicial se aportó un informe pericial por importe de 1520,07 € (descontada la franquicia), informe en el que no se especificaban los conceptos. Con el escrito de demanda se vuelve a aportar nuevo informe pericial elaborado por el mismo perito [REDACTED]. En este caso el importe es de 1 958,47 €, mas con la misma ausencia de detalle. En su declaración judicial el perito puso de manifiesto que sí existía el detalle, que lo tenía en ordenador y que no comprendía el por qué de su no aportación. En todo caso, expresó diversos conceptos como techo, portón, cristal, laterales.

En esta situación, y no comprendiéndose el por qué de la no aportación, podrá considerarse, ante las dos cantidades, que hemos de quedarnos con la inferior y, por ello, condenar a la codemandada al abono de 1 520,07 €.

6. Las costas causadas a la administración serán abonadas por el recurrente. Sin especial pronunciamiento respecto de las costas de la aseguradora y de la reclamación estimada frente a OBRATEC INGENIERÍA, SL.

FALLO

DESESTIMO el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Catalana Occidente, SA frente a la resolución de 8-2-2021 dictada por el titular de la Asesoría jurídica del





Ayuntamiento de Málaga (por delegación de su alcalde), que inadmite la reclamación formulada por el recurrente el día 22-7-2020 en concepto de responsabilidad patrimonial.

Las costas causadas al Ayuntamiento de Málaga serán abonadas por la recurrente, sin hacer especial pronunciamiento respecto de las costas de MAPFRE, SA.

ESTIMO PARCIALMENTE la pretensión de condena frente a OBRATEC INGENIERÍA, SL, a quien condeno a abonar a la parte recurrente la cantidad de 1 520,07 €, cantidad que devengará el interés legal desde el día 31-3-2021.

Sin costas.

Es firme.

Así lo acuerda y firma Óscar Pérez Corrales, magistrado, lo que autorizo como letrada de la Administración de Justicia

