



## Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 8 de Málaga

Avda. Manuel Agustín Heredia, 16, 29001, Málaga. Tfno.: 952604322, Fax: 951766102.

N.I.G.: 2906745320220001625.

**Procedimiento: Procedimiento Abreviado 187/2022. Negociado: A**

**Actuación recurrida:** (Organismo: AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA)

**De:** LIBERTY SEGUROS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., [REDACTED]

[REDACTED] y [REDACTED]

**Procurador/a:** JOSE LUIS REY VAL

**Letrado/a:**

**Contra:** FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.U. y AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA

**Letrado/a:** S.J.AYUNT. MALAGA

**Codemandado/s:** MAPFRE ESPAÑA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA

**Procurador/a:** MARIA SOLEDAD VARGAS TORRES

**Letrado/a:** JUAN ANTONIO ROMERO BUSTAMANTE

### SENTENCIA Nº 60 /2023

Málaga, 15 de marzo de 2023

Vistos por mí, D<sup>a</sup> Sandra Ortigosa Santisteban, Magistrada-Juez de Adscripción Territorial del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 8 de Málaga y su partido, los presentes autos de procedimiento abreviado sobre responsabilidad patrimonial que, bajo número 187/2022 se han seguido ante este Juzgado, a instancia de LIBERTY SEGUROS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., [REDACTED] [REDACTED] y [REDACTED] representados por el procurador de los Tribunales Sr. Jose Luis Rey Val contra el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, asistido por uno de los letrados de su asesoría jurídica, y frente a FCC MEDIO AMBIENTE S.A.U, y la compañía aseguradora MAPFRE ESPAÑA representada por la procuradora de los Tribunales Sra. Maria Soledad Vargas Torres, y atendidos los siguientes



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el procurador de los Tribunales Sr. Jose Luis Rey Val se presentó, en nombre y representación de LIBERTY SEGUROS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A, [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] y [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] recurso contencioso administrativo contra el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA y FCC MEDIO AMBIENTE S.A.U frente a la resolución notificada el 24 de abril de 2022 y dictada en el expediente 354/2021.

**SEGUNDO.-** Admitido a trámite el recurso por Decreto, se dio traslado de la demanda 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 a la parte actora para que pudiera hacer alegaciones en el acto de la vista.

**CUARTO.-** La procuradora de los Tribunales Sra. Maria Soledad Vargas Torres, en nombre y representación de MAPFRE ESPAÑA S.A, se personó en el procedimiento como codemandada.

**QUINTO.-** Celebrada la vista en la hora y día señalados, comparecieron las partes personadas, ratificándose el demandante en las alegaciones expuestas en la demanda, formulando el representante de la Administración demandada y la codemandada Mapfre 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 pendientes del dictado de sentencia.





**SEXTO.-** En el presente procedimiento se han cumplido todas las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone por la parte actora recurso contencioso administrativo frente a la resolución notificada el 24 de abril de 2022 y dictada en el expediente 354/2021 por la que se pretende se dicte sentencia «condenando al Excmo. Ayuntamiento de Málaga y a FCC MEDIO AMBIENTE S.A.U, al abono a mi mandante de la suma de 7.979,20 €, que a continuación se desglosa:

1.- CUATRO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y TRES EUROS CON CINCUENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (4553,54€), en nombre de LIBERTY SEGUROS S.A.

2.- MIL SETECIENTOS CINCUENTA EUROS CON TREINTA Y TRES CÉNTIMOS (1750,33 €) en nombre de [REDACTED]

3.- MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO CON TREINTA Y TRES CÉNTIMOS (1675,33 €) en nombre de [REDACTED]

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

Que el 8 de enero de 2021 [REDACTED] y [REDACTED] se encontraban accediendo junto a su hijo menor al vehículo de su propiedad matricula [REDACTED] que se encontraba estacionado en C/ Imperio Argentina, cuando de forma sorpresiva se desprendió un árbol de grandes dimensiones sobre los mismos, propiedad del Ayuntamiento, causando lesiones a ambos y daños materiales al vehículo.

Que el referido vehículo se encontraba asegurado con la compañía Liberty Seguros S.A la cual abonó los daños ocasionados al vehículo, una vez deducida la franquicia de 150 €.



██████████ y ██████████ sufrieron lesiones por las que se reclama el importe antes referido.

Por el Ayuntamiento de Málaga se pretende la desestimación del recurso considerando que existe falta de legitimación pasiva del Ayuntamiento por cuanto existía un contratista encargado del mantenimiento del arbolado como era FCC Medio Ambiente S.A.U. Que además, el día de los hechos se produjeron fuertes rachas de viento de hasta 83,5 km/h causadas por la borrasca Filomena que ocasionaron múltiples incidencias, incluidas las caídas de arboles, siendo esta una circunstancia imprevisible e inevitable no atribuible al contratista ni al Ayuntamiento.

La codemandada Mapfre pretende igualmente la desestimación del recurso, negando la responsabilidad del Ayuntamiento por los mismos motivos aducidos por este.

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

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

A)- *El primero de los positivos es el que exista un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con respecto a una*





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

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



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

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

**TERCERO.-** La responsabilidad que aquí se está tratando es de carácter objetivo o por el resultado, con abstracción hecha de la idea de culpa, y por lo tanto con independencia de que haya habido o no un mal funcionamiento del servicio público cuya prestación ha dado lugar al daño. Sin embargo, ello no significa que aquel que reclama la responsabilidad de la Administración esté exento de la obligación de probar las circunstancias de hecho en cuya virtud demanda que se declare tal responsabilidad. No hay aquí, en principio, ninguna inversión de las normas que regulan la carga de la prueba. Por ello, es preciso establecer que, como determina el artículo 217 de la LEC, la carga de la prueba de los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico de las pretensiones de la demanda corresponde a la parte actora.

En el supuesto que nos ocupa la resolución objeto de recurso (F. 147 a 158 EA) viene a inadmitir la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por cuanto los daños se causaron estando vigente un contrato suscrito con FCC Medio Ambiente S.A.U y podrían





tener su causa en una operación de ejecución de dicho contrato, sin que se haya producido el daño como consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración.

El Ayuntamiento demandado opuso en primer termino su falta de legitimación pasiva con fundamento, precisamente, en el motivo de inadmisión de la reclamación, esto es, como se acaba de decir, por existir un contrato vigente, a la fecha de los hechos, con FCC Medio Ambiente y conforme al cual le correspondía a dicha mercantil el mantenimiento predictivo, preventivo y correctivo del arbolado.

El derecho de los particulares a ser indemnizados por los daños que sufran como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos se recoge ahora en el artículo 33 y siguientes de la Ley 40/15 (antes art. 139 de la Ley 30/92 que parecía derogar implícitamente el artículo 121.1 LEF y que regula únicamente la responsabilidad patrimonial de la Administración, sin hacer referencia a la responsabilidad de contratistas y concesionarios). Por su parte, el RRP, en su artículo 1, establece que se seguirá el procedimiento administrativo de responsabilidad por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, con arreglo a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, y deroga expresamente los artículos del Reglamento de Expropiación Forzosa relativos a la indemnización por daños. A pesar de ello, hasta 1995 podía considerarse que seguían vigentes los artículos 121.2 y 123, puesto que éstos eran los únicos que regulaban la responsabilidad de los concesionarios. A partir de esa fecha, la regulación de esta cuestión se encuentra en la legislación de contratos de las





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

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

“1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el suministro de fabricación.

3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación, para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción civil.

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

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





artículo 214 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley de Contratos del Sector Público. Y en la actualidad regulado en el art. 238 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Publico.

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

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

2) Se ha derogado implícitamente el artículo 123 LEF y la competencia para decidir sobre la responsabilidad del contratista o concesionario ha dejado de corresponder a la Administración Pública. La nueva regulación de la LCAP elimina la actividad arbitral que configuraba la legislación anterior. Lo único que se dispone ahora es que ante la dificultad que puede representar para el particular dilucidar si la responsabilidad del daño corresponde al contratista o a la Administración, puede dirigir una consulta sobre este aspecto a la Administración. La Administración responderá a esta consulta





pronunciándose exclusivamente sobre a quién considera que es imputable el daño. Una opinión del órgano de contratación que no obliga al particular, ni al concesionario, ni a los tribunales que deban pronunciarse finalmente al respecto, y ni siquiera al órgano administrativo competente para resolver el procedimiento de responsabilidad que se inicie solicitando la indemnización por daños.

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

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





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

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





De la prueba practicada, y mas concretamente del expediente administrativo, se constata que la obligación de mantenimiento de las zonas verdes correspondía, a la fecha de los hechos a FCC Medio Ambiente S.A.U, empresa a la que correspondía la poda de seguridad, situación y saneamiento según los pliegos del contrato, así como la gestión del arbolado, estableciéndose expresamente la responsabilidad de dicha empresa por aquellos daños que pudiesen generarse sobre el propio arbolado o hacia terceros, como consecuencia del incumplimiento de los requisitos establecidos en el programa de seguridad del arbolado o mala praxis en la ejecución del mismo (F. 78 a 80 EA).

Y teniendo en cuenta lo anterior debe concluirse que en el supuesto que nos ocupa no resulta exigible la responsabilidad a la Administración, no tratándose de uno de los supuestos de responsabilidad exclusiva de la Administración ni de responsabilidad concurrente con la del contratista. Lo anterior conlleva una ratificación del pronunciamiento contenido en la resolución objeto de recurso en lo referente a la inadmisión de la reclamación por falta de legitimación ad causam de la Administración demandada.

**CUARTO.-** Por lo que se refiere a la cuestión de fondo, la indemnización reclamada lo es por los daños causados por la caída de un árbol que causó daños personales y materiales. Ahora bien, no se ha ni tan siquiera alegado que la caída del árbol se debiera a una falta de mantenimiento o una insuficiencia o inadecuación del mismo.

De la testifical del agente de la Policía Local con carnet profesional 905 resultó acreditado que el día en que ocurrieron los hechos se produjo la caída de varios arboles con motivo del fuerte viento, afirmando uno de los agentes que Málaga estaba colapsada a causa del temporal.

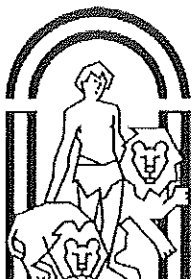




Es hecho notorio y por tanto exento de prueba que, en la fecha de los hechos ocurría el fenómeno atmosférico denominado "Filomena", y que consistió en una borrasca que provocó avisos rojos en varias provincias como Madrid y avisos naranja en otras como Málaga. Consta además de la documental aportada por el Ayuntamiento en el acto de la vista que, el día del siniestro el viento llegó a alcanzar la velocidad de 83 km/h.

Según la doctrina jurisprudencial, por fuerza mayor debe entenderse aquellos acontecimientos realmente insólitos y extraños al campo normal de previsiones típicas de cada actividad o servicio, según su naturaleza, y por caso fortuito, los acontecimientos o hechos imprevisibles pero insertos en el funcionamiento interno de cada actividad o servicio, según su naturaleza. Son constitutivos de fuerza mayor los acontecimientos imprevisibles e inevitables caso de ser previstos, que excedan de los riesgos propios de la empresa, esto es de los derivados de la propia naturaleza de los servicios públicos (STS de 2-4-85) o los acontecimientos realmente insólitos y extraños al campo normal de las previsiones típicas de cada actividad o servicio, según su propia naturaleza (STS de 4-2-83). Estos últimos que integran el caso fortuito no son obstáculo a la declaración de responsabilidad pese a ser independientes del actuar del órgano administrativo e incluso de la posibilidad de evitar los efectos dañosos aun empleando la máxima diligencia (STS de 9-5-78).

En el presente caso debe entenderse que concurrió fuerza mayor, pues al hecho conocido y probado de la fuerte velocidad del viento el día 8 de enero de 2021, debe unirse la circunstancia de que ninguna actividad probatoria se ha desplegado en relación a un mantenimiento inadecuado, o una falta del mismo, del árbol que causó los daños al caerse. Por ello, la caída del árbol, debe concluirse, se produjo, ante la falta de prueba sobre la concurrencia de otro motivo, por la fuerza de los vientos.





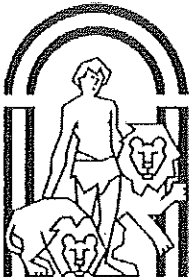
De este modo, en base a todo lo antes expuesto, procede la desestimación del recurso que nos ocupa.

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

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

## FALLO

Que **DESESTIMO** el recurso contencioso administrativo interpuesto por el procurador de los Tribunales Sr. Jose Luis Rey Val, en nombre y representación de LIBERTY SEGUROS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A, [REDACTED] y [REDACTED] [REDACTED] contra el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA y FCC MEDIO AMBIENTE S.A.U frente a la resolución notificada el 24 de abril de 2022 y dictada en el expediente 354/2021, con imposición de las costas causadas en el presente recurso a la parte recurrente.







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.

*La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.*

*Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.*

