



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº1 DE MALAGA

C/ Fiscal Luis Portero García s/n
Tel.: 951939071 Fax: 951939171
N.I.G.: 2906745320200000429

Procedimiento: Procedimiento ordinario 61/2020. Negociado: LJ

Recurrente: [REDACTED]
Procurador: NATALIA VANESA GURREA MARTINEZ
Demandado/os: EXCMO AYUNTAMIENTO DE MALAGA
Procuradores: JOSE MANUEL PAEZ GOMEZ
Acto recurrido: (Organismo: EXCMO AYUNTAMIENTO DE MALAGA)

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

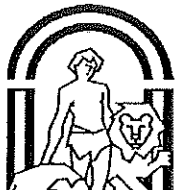
SENTENCIA Nº 333/2022

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 61/20, sustanciado por el procedimiento previsto en los artículos 43 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, interpuesto por [REDACTED] representada por la Procuradora Sra. Gurrea Martínez y asistida por la Abogada Sra. González Grande contra el Excmo. Ayuntamiento de Málaga, representado por el Procurador Sr. Páez Gómez y asistido por el Letrado adscrito a sus Servicios de Asesoría Municipal Sr. Ibáñez Molina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la mencionada representación de [REDACTED] interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de fecha 21 de noviembre de 2019 del Ayuntamiento de Málaga, recaída en el expediente nº 326/2018, por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de fecha 12 de septiembre de 2019, por el que se inadmite la reclamación de responsabilidad patrimonial realizada por la recurrente, puesto que, de acuerdo con lo prevenido en el artículo





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

32.9 de la Ley 40/15, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, los daños presuntamente ocasionados durante la vigencia del contrato suscrito por esta Corporación con la entidad URBALUX S.A.-XIMÉNEZ S.A. (UTE), podrían tener su causa en una operación de ejecución del mismo, no habiéndose producido como consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma y ello sin perjuicio de que la reclamante ejercite las acciones que estime oportunas contra la empresa contratista.

SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso y recibido el expediente administrativo se dio traslado a la parte actora para deducir demanda, lo que efectuó en tiempo y forma mediante escrito, que en lo sustancial se da aquí por reproducido y en el que suplicaba se dictase sentencia por la que estimando el recurso se anulara el acto administrativo impugnado y se reconociera la indemnización solicitada. Dado traslado a la Administración demandada para contestar la demanda lo efectuó mediante escrito en el que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación solicitaba se dictara sentencia por la que se desestimara el recurso por ser ajustado a derecho el acto impugnado.

TERCERO.- Fijada la cuantía del presente recurso en 34.772,53 euros, no se recibió el proceso a prueba por los motivos que constan en la providencia de fecha 27 de enero de 2.022 y tras el trámite de conclusiones, quedaron las actuaciones pendientes de dictar resolución.

CUARTO.- 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.



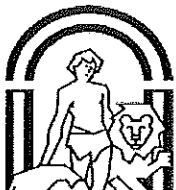


FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte recurrente alegó que su reclamación tiene su origen en un accidente sufrido por la recurrente en fecha 27 de septiembre del año 2017, la cual sufrió una caída tras tropezar con una arqueta que se encontraba abierta, cayendo dentro de la misma, al carecer ésta de la correspondiente, obligatoria y preceptiva protección, encontrándose, por tanto, la misma, totalmente al descubierto y sin ninguna señalización de peligro o precaución de encontrarse ésta abierta, siendo que dicha arqueta se encuentra en el Parque Infantil sito C/ Arlanzón, produciéndose la caída como consecuencia del defectuoso funcionamiento de los servicios municipales.

Añadiendo que como consecuencia de la caída, la recurrente se golpeó y se fracturó la pierna y tobillo derecho siéndole diagnosticada por el Servicio de Urgencias de Carlos Haya, fractura compleja plurifragmentaria e impotencia funcional en pierna y tobillo derecho, habiendo sido intervenida quirúrgicamente en 2 ocasiones y es por ello y en atención a las lesiones, secuelas y cantidades reseñadas en su demanda que solicita se condene al Ayuntamiento de Málaga a abonarle por ellas la cantidad de 34.772,53 euros pues es el responsable directo de las lesiones sufridas por la recurrente ya que no cumplió con sus obligaciones, en la medida en que no se encargó de señalizar mediante los elementos previstos para ello, que la arqueta que se encontraba en la vía pública, carecía de la preceptiva, obligatoria y correspondiente protección, encontrándose la misma totalmente al descubierto, debiendo estar la vía pública en condiciones adecuadas para el tránsito de personas, lo cual no era así, como lo demuestran las fotografías que constan en el expediente administrativo.

La Administración demandada en oposición a la anterior pretensión, alega que la resolución recurrida inadmite la reclamación de responsabilidad patrimonial al entender que constando en el expediente informe de los Servicios Operativos en el que se hace constar la existencia de contrato de conservación de las instalaciones





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

de alumbrado público con la entidad URBALUX S.A.-XIMÉNEZ S.A. (UTE), 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 la legislación sobre Contratos al artículo 214 de la Ley 3/2011, de 14 de noviembre de octubre de Contratos del Sector Público, norma vigente cuando se produjo el accidente, que indica que es al contratista de un servicio a quien le incumbe el riesgo y ventura en la ejecución del contrato, por lo que al no darse la integración del adjudicatario (contrato de servicios) en la Administración Pública, debe afirmarse que los actos de aquel no son imputables jurídicamente a dicha Administración de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, por lo que de existir un responsable de los daños sería la entidad contratista, añadiendo que no ha existido grado alguno de dejadez en la actuación municipal ni déficit en su obligación de vigilancia, por lo que no es posible establecer nexo causal entre los perjuicios reclamados y una actuación municipal y, por otro lado, se han cumplido los requisitos que la normativa de contratos establece pues se ha otorgado trámite de audiencia al contratista en sede administrativa, se le ha notificado la resolución que se dictó y se le ha emplazado para su comparecencia en 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.

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.

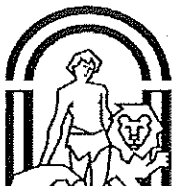




ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

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 RD Leg. 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

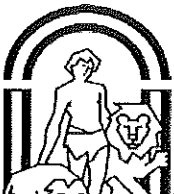




servicio concedido seguirá ostentando en todo momento la calificación de servicio público de la Corporación local a cuya competencia estuviere atribuido, ostentando para ello las potestades que se sistematizan en el artículo 127 del mencionado Reglamento. El artículo 128.1.3ª señala que es obligación 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





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

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.”





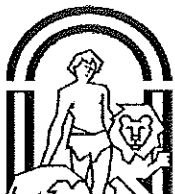
QUINTO.- Descendiendo al supuesto presente, es claro que la parte demandante no ha acreditado que los daños deban imputarse a la administración, siendo que desde el principio del expediente se le ha advertido que es a la contratista a quien corresponde. No deriva de una orden de la administración y no 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 de los Servicio Operativos (folio 35), en el que se hace constar la existencia un contrato de servicios suscrito entre el Ayuntamiento de Málaga y URBALUX, S.A.-XIMÉNEZ, S.A. (U.T.E.), para la conservación y mantenimiento del alumbrado público exterior de las calles de la ciudad de Málaga, incluyendo las arquetas para la prestación de dicho servicio de alumbrado público como ocurría en la que tuvo lugar el accidente sufrido por la actora.

Consta así mismo en el expediente que se concede a la empresa URBALUX, S.A.-XIMÉNEZ, S.A. (U.T.E.) un plazo de audiencia de diez días para presentar las alegaciones, documentos y justificaciones que estimen pertinentes, también tras lo anterior se otorga plazo de audiencia al reclamante con carácter previo al dictado de resolución.

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





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

mantenido en la tesis de la acción directa contra el Ayuntamiento en base a la mera titularidad pública del servicio municipal, tesis aquella 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 URBALUX, S.A.-XIMÉNEZ, S.A. (U.T.E.), se ajusta a derecho, sin que competa a esta jurisdicción solventar la relación entre el recurrente y dicha empresa. Es por todo lo anteriormente expuesto es por lo que procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto declarando la conformidad a derecho del acto administrativo impugnado.

SEXTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la L.J.C.A. en su redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 octubre 2011: en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho y observando lo expuesto en los anteriores razonamientos jurídicos y al existir jurisprudencia menor que avala otras posiciones, tal y como antes se ha expuesto, ello supone un motivo de derecho para no imponerlas expresamente por lo que cada parte satisfará las suyas.

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





FALLO

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

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de quince días contados desde el siguiente a su notificación, indicándose la necesidad, en su caso, de constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio del Poder Judicial añadida por la Ley Orgánica 1/ 2.009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio del Poder Judicial, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones nº 2984 de este Juzgado y con la advertencia de que no se admitirá a trámite el recurso si no está constituido dicho depósito y así se acredita.

Y poniendo testimonio en los autos principales, inclúyase la misma en el Libro de su clase. Una vez firme devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia, junto con testimonio de esta sentencia.

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



