



## Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 2 de Málaga

C\ Fiscal Luis Portero García s/n, 29010, Málaga. Tfno.: 951939072, Fax: 951939172.

**N.I.G.:** 2906745320210000769.

**Procedimiento:** Procedimiento Ordinario 110/2021. **Negociado:** MC

**Actuación recurrida:** (Organismo: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO)

**De:** LA CHESSERIA RESTAURACION S.L.

**Procurador/a:** MARIA VICTORIA MATO BRUÑO

**Letrado/a:**

**Contra:** AYUNTAMIENTO DE MALAGA

**Procurador/a:** AURELIA BERBEL CASCALES

**Letrado/a:**

**Codemandado/s:** COMPAÑIA DE SEGUROS ZURICH INSURANCE PLC y (2)SEGURCAIXA ADESLAS SA DE SEGUROS Y REASEGUROS

**Procurador/a:** FELIX MIGUEL BALLELLA AGUILAR y MARIA DEL CARMEN MIGUEL SANCHEZ

**Letrado/a:**

## 1SENTENCIA Nº 84 /2.023

*EN NOMBRE DE S.M. EL REY*

En la ciudad de Málaga a 24 de Febrero de 2.023.

Vistos por mí, Dña. Marta Romero Lafuente, MAGISTRADA-JUEZ del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número DOS de los de esta capital, el recurso contencioso-administrativo número 110/21 tramitado por el de Procedimiento Ordinario interpuesto por DOÑA MARÍA VICTORIA MATO BRUÑO Procuradora en nombre de la mercantil LA CHESSERÍA RESTAURACIÓN S.L. contra EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MALAGA representado por el Procurador Dña. Aurelia Berbel Cascales y SEGURCAIXA ADESLAS S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS representada por la Procuradora Dña. María del Carmen Miguel



Sánchez y COMPAÑIA DE SEGUROS ZURICH INSURANCE PLC  
representada por el Procurador D. Félix Ballenilla Ros.

1

2

### **3 ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**- Por la parte actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la Resolución dictada por el Sr. Alcalde, P.D. el Titular de la Asesoría Jurídica, con fecha 11 de enero de 2021, en el expediente nº 48/2018, tramitado por el Servicio de Gestión de Reclamaciones Patrimoniales, por la que se acuerda: "INADMITIR las reclamaciones de Responsabilidad Patrimonial y archivar el expediente iniciado por las entidades mercantiles PILOTANDO INVERSIONES 2015, S.L. y LA CHESSERIA RESTAURACIÓN, S.L., puesto que, de conformidad con lo establecido en artículo 32.1 de la Ley 40/15, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, no concurren los requisitos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración".

Reclamado y recibido el expediente administrativo, se formuló demanda conforme a las prescripciones legales y con alegación de los hechos y fundamentos de derecho que constan en la misma, solicita se dicte sentencia en la que se estime la demanda.

**SEGUNDO.**- Se dio traslado de la demanda a la Administración demandada y a las codemandadas que contestaron alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimaron oportunos y habiéndose recibido el procedimiento a prueba se formularon conclusiones quedando los autos pendientes del dictado de resolución.



**TERCERO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado las exigencias legales.

## **1 FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La actora reclama la cantidad de 64.767,38 euros como indemnización por los daños y perjuicios sufridos a causa del funcionamiento anormal y culpa in vigilando del Ayuntamiento de Málaga tanto durante la tramitación del expediente para la concesión como durante la ejecución del contrato de concesión de obra pública para la redacción del proyecto, reforma del Mercado Municipal de la Merced y explotación de la zona comercial ubicada en el mismo, daños y perjuicios cuya existencia no han sido discutidos, sino admitidos en la resolución recurrida y que no tiene obligación legal de asumir y por los que debe responder el citado Ayuntamiento ya que la relación de causa efecto entre esa dejación municipal y los daños a la recurrente es evidente pues, si desde el primer trimestre las labores de inspección y control se hubiesen realizado en la forma prevenida en los pliegos y que después se solicitó y se acordó en abril de 2017, la concesionaria nunca hubiese llegado a la debacle que llegó arrastrando consigo a los pequeños empresarios que, confiando en que el Ayuntamiento estaba cumpliendo sus obligaciones, allí invirtieron, y si en el expediente administrativo de concesión ya se hubiese actuado con la más mínima cautela, hubiesen saltado las alertas, sobre todo en cuanto a la falta de solvencia económica de la que luego resultó concesionaria, y ello hubiese salvado a los terceros comerciantes de los que ahora el Ayuntamiento se desentiende de invertir amparados en el buen funcionamiento que cualquier ciudadano espera de su Ayuntamiento.

**SEGUNDO.-** Por la Administración demandada se solicitó la desestimación del recurso alegando en resumen que no existe relación



de causalidad entre el daño sufrido y una actuación o funcionamiento de un servicio de la administración municipal, en tanto que el posible daño que invocan los reclamantes es ocasionado única y exclusivamente en el seno de la relación contractual que les vinculaba con el concesionario, sin que quepa atribuir al Ayuntamiento, como Administración concedente, la responsabilidad patrimonial por omisión o culpa in vigilando siendo que el Ayuntamiento analizó y ponderó todas las circunstancias que se daban en la concesión administrativa, y en ningún momento dejó de controlar la concesión de uso del edificio, sin que pueda desprenderse lo contrario de la documentación aportada por los reclamantes y además que el Ayuntamiento ha realizando las actuaciones que ha considerado necesarias en el ejercicio de sus potestades administrativas, conforme establece la legislación en materia de contratos del sector público. (artículo 249.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre -actual artículo 190 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público-), y los acuerdos adoptados en las sesiones del Excmo. Ayuntamiento Pleno de fechas 28 de julio de 2016 y 27 de abril de 2017 así lo corroboran.

**TERCERO.**- Por la entidad aseguradora Segurcaixa Adeslas se alegó en resumen que en modo alguno puede considerarse responsable al Ayuntamiento por las supuestas irregularidades que en las que haya podido incurrir la empresa contratista, pues la administración responde únicamente de los daños causados por su propios servicios, no por los daños imputable a otro o por conductas ajenas a la organización de la actividad administrativa, no pudiendo derivar la actuación de los concesionarios de servicios públicos a la administración con el pretexto de haber omitido el deber de vigilancia del cumplimiento de la concesión y además en cualquier caso resulta que la indemnización de daños y perjuicios habrá de cuantificarse teniendo en cuenta no solo los gastos si



no también los ingresos, ya que el daño emergente es la pérdida real, efectiva y acreditada que se produce tras, en este caso, un incumplimiento por parte del concesionario, es decir que deberá estar completamente demostrada su existencia y que la indemnización corresponde a su valor económico debidamente justificado mediante facturas u otros documentos.

**CUARTO.-** Por la entidad aseguradora Zurich se alegó esencialmente que no ha sido demandada por la parte recurrente y por lo tanto en la Sentencia que en su día se dicte no podrá establecerse ningún pronunciamiento condenatorio para Zurich, lo cual no obsta a que dicha parte recurrente haya de ser condenada al abono de las costas que se causen por la defensa de esta parte, habida cuenta de que aún habiendo sido emplazada por el Ayto de Málaga, lo ha sido como supuesta parte interesada en el procedimiento que es instado por dicha parte contraria-recurrente y además que el motivo de la reclamación que se formula de contrario no está cubierto por la Póliza de seguros contratada con la misma y en cualquier caso, en el supuesto de existir responsabilidad, ésta sería imputable en todo caso a la concesionaria que ni tan siquiera es demandada por la ahora recurrente.

**QUINTO.-** Una vez delimitados los términos del debate hay que destacar en primer lugar que en el presente supuesto la resolución que se impugna se limita a inadmitir la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por el recurrente en base a que no existe relación de causalidad entre el daño sufrido y una actuación o funcionamiento de un servicio de la administración municipal ya que no cabe atribuir al Ayuntamiento, como Administración concedente, la responsabilidad patrimonial por omisión o culpa in vigilando **y por tanto en el presente procedimiento sólo puede resolverse acerca**



**de la procedencia o conformidad a derecho de dicha declaración de inadmisibilidad sin que en modo alguno pueda entrar a resolverse acerca del fondo del asunto** ya que la Administración no se ha pronunciado en dicha resolución sobre el mismo y esta jurisdicción es puramente revisora debiendo destacarse a tales efectos la Sentencia del Tribunal Supremo 3ª Sección Tercera de fecha 24 de junio de 2.002 según la cual: "Sentado lo anterior conviene también indicar en términos del Alto Tribunal, que la Jurisdicción Contencioso- Administrativa es, por esencia, una jurisdicción revisora, en el sentido de que es necesario que exista un acto previo de la Administración, para que este pueda ser examinado en cuanto a su adecuación o inadecuación al ordenamiento jurídico, o que, sin acto previo se haya dado a la Administración, posibilidad de dictarlo, examinando todas y cada una de las cuestiones planteadas o las que se deriven del expediente administrativo (sentencias del Tribunal Supremo de 9-10-90 y 18-5.93 ).En definitiva, la función revisora ha de proyectarse sobre la conformidad o disconformidad a Derecho del acto revisado, en consideración al Ordenamiento Jurídico aplicable a la fecha en que este se produjo (Sentencia de 14.4.93 ), sin que sea dable que a falta de pronunciamiento por el órgano administrativo competente, la Sala pueda proceder a su sustitución, cuya función no es esta, sino contrastar el acto administrativo con el Ordenamiento Jurídico".

**SEXTO.-** Una vez sentado lo anterior hay que decir que es de evidente importancia la identificación de los criterios de aplicación a estos supuestos de los principios generales de distribución de la carga de la prueba, y así cabe recordar, a este efecto, que, en aplicación de la remisión normativa establecida en la L.J.C.A. rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho así como los principios consecuentes que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma,





no a la que niega y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios y los hechos negativos, por lo que se ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S. de 27.11.1985 , 9.6.1986, 22.9.1986 , 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998), y ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (sentencias TS (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990 , y 2 de noviembre de 1992, entre otras)-

**SEPTIMO.-** En el caso que nos ocupa de la prueba practicada ha quedado probado que la recurrente comunicó en varias ocasiones al Ayuntamiento los perjuicios que estaba sufriendo como consecuencia de las irregularidades acaecidas en la concesión debiendo resaltarse una vez llegados a este punto la Sentencia 884/2008 de 9 Jun. 2008, Rec. 3919/2001, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, que concluyó que: “no puede olvidarse que en última instancia la Administración tiene atribuido el deber de vigilancia respecto de la concreta forma en que los concesionarios desarrollan los contenidos de un contrato con aquella formalizado, sobre todo cuando afecta a la prestación de un servicio público. Y en el supuesto de hecho se determina que **la relación de causalidad entre la actividad administrativa y el daño se produce**





**por el mecanismo de la culpa in vigilando de la Administración Pública, al omitir la debida inspección de cómo la entidad mercantil desarrolla la prestación del servicio público, puesto que la Administración demandada es la responsable y titular del mismo, y sin perjuicio de la repetición que gire en relación a la mercantil concesionaria”,** por todo lo cual resulta que no cabe duda de que el Ayuntamiento tenía la obligación de investigar durante el expediente administrativo la solvencia económica del concesionario así como de controlar que la prestación se realizara conforme a los Pliegos de Contratación lo que es independiente de las relaciones entre la recurrente y la concesionaria por todo lo cual resulta que no podía inadmitir de plano dicha reclamación y en consecuencia procederá estimar parcialmente el presente recurso y acordar la retroacción de actuaciones para que por la Administración se resuelva acerca del fondo de la reclamación patrimonial que fue indebidamente inadmitida ya que como hemos expuesto anteriormente el carácter revisor de esta Jurisdicción impide que en el presente pleito pueda resolverse acerca del fondo del asunto.

**OCTAVO.** -Conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la L.J.C.A. no procede hacer expresa imposición de costas al haberse estimado parcialmente el recurso.

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



## 2FALLO

**QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE** el presente recurso Contencioso-Administrativo

DOÑA MARÍA VICTORIA MATO BRUÑO, Procuradora en nombre de la mercantil CHESSERÍA RESTAURACIÓN S.L. contra AYUNTAMIENTO DE MALAGA procede acordar la retroacción de actuaciones para que por la Administración se resuelva acerca del fondo de la reclamación patrimonial que fue indebidamente inadmitida, todo ello sin hacer expresa condena en costas a ninguna de las partes.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe **recurso de apelación** en el plazo de quince días ante este Juzgado y para ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J.A. con sede en Málaga y aclaración en el plazo de dos días ante este Juzgado.

Previamente a la interposición del recurso, las partes que no estuvieran exentas deberán constituir el depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, redactada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, consignando la cantidad procedente (50 euros si se tratara de un recurso de apelación contra sentencias o autos que pongan fin al proceso o impidan su continuación, 30 euros si se tratara de un recurso de queja, o 25 euros en los demás casos) en la cuenta de este Juzgado en la entidad BANESTO con número [REDACTED] [REDACTED] lo que deberá acreditar al tiempo de la interposición del recurso, sin perjuicio de la posibilidad de subsanación.

Líbrense Testimonio de esta Sentencia para su unión a los autos de su razón e inclúyase la misma en el Libro de su clase; y con testimonio de





ella, en su caso, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, 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.*

