



Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 Málaga

Procedimiento abreviado nº 366/2020

Magistrado: Óscar Pérez Corrales

Recurrentes: [REDACTED] y [REDACTED]
Letrado y procuradora: Bernardo Díaz Muñoz y Rosa M^a Ropero Rojas

Demandado: Ayuntamiento de Málaga, asistido y representado por Rosalía Budría Serrano, letrada municipal

Codemandado 1: CONSERVACIÓN, ASFALTO Y CONSTRUCCIÓN, SA

Letrado y procurador: Juan Antonio Romero Bustamante y Rafael Rosa Cañadas

Codemandado 2: MAPFRE, SA

Letrado y procurador: Juan Antonio Romero Bustamante y Rafael Rosa Cañadas

SENTENCIA nº 89/23

En Málaga, a 24 de marzo de 2023.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- 1. El día 25-9-2020 se interpuso recurso c-a frente a la resolución de 22-7-2020 dictada por el titular de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Málaga, desestimatoria de la reposición intentada frente a la de 15-3-2020 que inadmitió la reclamación formulada por el recurrente el día 25-9-2019 ante el Ayuntamiento de Vélez-Málaga en concepto de responsabilidad patrimonial.

2. Subsanaos los defectos procedimentales, se dictó decreto de admisión a trámite el día 16-12-2020, señalándose para la celebración del juicio el día 22-3-2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



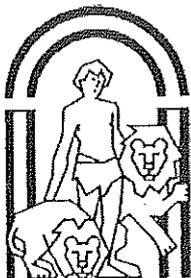


PRIMERO.- 1. Es objeto de recurso c-a la resolución de 22-7-2020 dictada por el titular de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Málaga, desestimatoria de la reposición intentada frente a la de 15-3-2020 que inadmitió la reclamación formulada por el recurrente el día 25-9-2019 ante el Ayuntamiento de Vélez-Málaga en concepto de responsabilidad patrimonial.

Ejercita el recurrente una pretensión de plena jurisdicción (art. 31.2 LJCA), pues a la pretensión de declaración de invalidez del acto (obligada conforme al art. 31.1, aunque ciertamente expresado de forma defectuosa en el suplico de la demanda, pues ni siquiera cita la resolución), añade la del reconocimiento de una situación jurídica individualizada mediante la petición de indemnización por importes respectivos de 4 827,52 € (por daños personales para [REDACTED] más 782,41 € por daños materiales) y 4 875,32 € (para [REDACTED] a cargo del Ayuntamiento demandado; además, ejercita una pretensión de condena dineraria (en solidaridad con el Ayuntamiento) frente a CONSERVACIÓN, ASFALTO Y CONSTRUCCIÓN, SA AQUALIA, empresa contratista del servicio demantenimiento de zonas verdes y arbolado).

2. También conviene precisar en este momento que la parte recurrente no ha ejercitado la acción directa frente a la aseguradora (personada y que no compareció al juicio) en los términos que previó el art. 9.4 de la LOPJ a partir de la reforma operada por LO 19/2003 (*igualmente conocerán - se refiere al orden jurisdiccional c-a - de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva*), de donde cabe deducir (pese al tenor del escrito de personación de la aseguradora refiriéndose al art. 21.1 c) LJCA), que su condición de demandada - de la aseguradora - lo es por la vía del interés a que se refiere el art. 21.1 b) ley 29/98, que no por la de la letra c), que ha de interpretarse debidamente conectada con la LO 19/2003 de reforma de la LOPJ, que fue precisamente la que dio nueva redacción al apartado 4 de su art. 9 y que introdujo la letra c) del art. 21.1 de la ley 29/98). De esta forma, no será posible, en ningún caso - y aunque se estimara el recurso - su condena, que solo sería posible de haberse ejercitado una acción directa (en este sentido, fundamento de derecho quinto de la STS, 3ª, secc. 6ª, de 25-5-2010, rec. 7584/2005 -).

3. Respecto del contratista encargado del mantenimiento de las zonas verdes y arbolado viari, 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 hubiera de seguirse un deber específico de seguimiento de la total actividad del contratista 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).

Las anteriores ideas son reiteradas por nuestra jurisprudencia y arrancan de antiguo, siendo interesante destacar que ya en el año 1992 el profesor MUÑOZ MACHADO comenzó a utilizar expresiones - refiriéndose a supuestos de presencia del concesionario - que se han convertido ya en habituales en esta materia: "no siempre es necesario ni justificado convertir el patrimonio público en asegurador universal de todos los daños que los ciudadanos sufran posiblemente en una sociedad compleja; un sistema de seguro público general de este tipo no era organizable ni en los mejores tiempos del estado del bienestar. De manera que probablemente habría que moderar la vieja manía de convertir al Estado en indemnizador de todo daño" (MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas. Tecnos 1992. Pág. 130 y siguientes).

Resulta así que más allá de la titularidad municipal de la vía pública y del arbolado ubicado en ella, nada dice la recurrente en su escrito de demanda sobre las cuestiones anteriores orientadas a poner de manifiesto no ya una orden municipal sino una desatención del deber general de supervisión de la ejecución del contrato, entendido ello no como una supervisión directa en cada momento sino como desatención ante indicios que implicaran un abandono absoluto del deber municipal. En consecuencia, procede desestimar el recurso c-a- interpuesto frente al acto administrativo y condenar a los recurrentes al abono, por mitad, de costas causadas en la instancia al Ayuntamiento de Málaga.

4. Descartada una responsabilidad imputable al Ayuntamiento demandado desde la perspectiva de la inexistencia de una orden o vicio del proyecto (art. 32.9 ley 40/2015), así como de la desatención ya expresada, 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.

5. Y ahondando en la existencia de un contratista, refiriéndose la administración a un contrato celebrado al amparo del RDL 3/2011, resulta que la decisión final es tributaria del art. 214 (de igual tenor que en la ahora vigente ley 9/2017, de 8 de noviembre):

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.

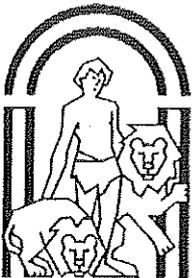
4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.

Y de manera específica para el contrato de servicios, el art. 305 disponía:

1. El contrato se ejecutará con sujeción a las cláusulas del mismo y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere al contratista la Administración.

2. El contratista será responsable de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle y de las prestaciones y servicios realizados, así como de las consecuencias que se deduzcan para la Administración o para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas en la ejecución del contrato

Sin embargo, ha de tenerse presente que la posibilidad dicha de activar los mecanismos previstos en la legislación de contratos del Sector Público y el pronunciamiento correspondiente de la Administración no parece que empezca la utilización por quien ha sufrido el daño del ejercicio de la acción prevista en el art. 106.2 CE y 32 y siguientes ley 40/2015, pues se mueve aquella dentro del derecho de interpretación que la Administración tiene dentro de la relación contractual y en virtud de la cual puede imponer al contratista o concesionario la forma de cumplimiento de los contratos, coactivamente, y sin perjuicio del recurso contencioso-administrativo correspondiente *a posteriori*. No hay que olvidar que la norma está en la ley que regula las relaciones contractuales entre la Administración y los contratistas y a este ámbito ha de reducirse el alcance de dicho precepto. Así, conviene recordar que dice el precepto que los terceros "podrán" solicitar de la Administración para que se pronuncie sobre quien de los contratantes es el responsable, esto es, con carácter facultativo, y que dicha solicitud interrumpe la prescripción de la acción.





De esta forma, el recurrente parece que puede optar por ejercitar frente a la Administración demandada la acción prevista en los artículos 106.2 CE y 40 y ss. ley 40/15 y, además, la acción de responsabilidad frente al particular que consideraba cooperó al daño: la entidad contratista o concesionaria.

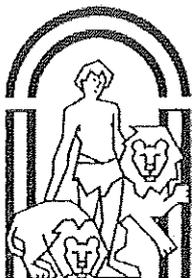
SEGUNDO.- 1. Las reflexiones anteriores son necesarias por servir de marco normativo y jurisprudencial del proceso de toma de decisión en los siguientes términos. Respecto de la eventual responsabilidad del contratista, habrá de ser analizada desde la perspectiva de la responsabilidad subjetiva del art. 1902 CC (nada dice sobre ello la demanda, que incluso cita la derogada ley 30/92).

Así, los hechos en cuya virtud reclaman los recurrentes se remontan al día 13-12-2018 cuando circulaban en el vehículo con matrícula [REDACTED] por la avenida de Luis Buñiel, cayendo sobre el vehículo una palmera situada en la mediana. El brusco frenazo y el intento de evasión provocó lesiones en los recurrentes.

2. Considera el contratista demandado (que no niega la forma de producirse los hechos) que concurre un supuesto de fuerza mayor por cuanto que según consta en el informe de la Policía Local de 8-2-2019, la caída del árbol se debió al "fuerte viento". Nada más se precisa, alzándose frente a ello los recurrentes con un informe de la AEMET que para ese día señala unos vientos de 80 Km/h.

Recordemos y así lo dice la STS, Sala 3ª, secc. 6ª, de 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 (por todas, STS, 3ª, secc. 4ª, de 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 (de su secc. 6ª de 3-10-2007 (rec. 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, secc. 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 (secc. 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 en su artículo 2 como "vientos extraordinarios" aquellos que presenten rachas que superen los 120 Km. por hora, entendiéndose por racha la mayor velocidad del viento sostenida durante un intervalo de tres segundos).

3. Conforme a la doctrina expuesta, y rechazando cualquier efecto probatorio que pueda tener la afirmación carente de todo sustento razonable (no es más que una mera apreciación policial huérfana de rigor alguno), en ningún caso podría hablarse (darse por probado) de fuerza mayor. Por lo demás, las fotografías del lugar muestran que solo una palmera había caído, siendo un claro indicio de su mal estado y conservación que sugiere la responsabilidad del contratista por no haber atendido a su deber de mantenimiento.

TERCERO.- 1. Sobre la extensión del daño y las pretendidas indemnizaciones sustentadas en una suerte de aplicación mimética de las cuantías establecidas para los accidentes de circulación, precisemos, en primer lugar, que no se trata de un hecho de la circulación, lo que sugiere, en todo caso, una sola posible y eventual aplicación de sus criterios.

Así, y antes de abordar la cuantificación ha de hacerse una digresión. Así, la STS, Sala 3ª, secc. 5ª, de 28-09-2020 (rec. 123/2020; ECLI: ES:TS:2020:3105), nos recuerda:

Suscitado el debate en la forma expuesta es necesario comenzar por recordar que el recurso a los baremos fijados para accidentes de circulación a los efectos de calcular las indemnizaciones que resultaren procedentes en el ámbito de la responsabilidad de los poderes públicos, ciertamente que han sido utilizados a veces por los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, también por este Tribunal Supremo. El mismo Legislador, ya se dijo, se hace eco de esa posibilidad cuando en el artículo 34.2º de la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, acepta esa posibilidad que, por cierto, no estaba en el artículo 141 de la Ley de Procedimiento de 1992, que regulaba también la indemnización y su cálculo. Sin embargo, es lo cierto que este



Tribunal Supremo ha venido también declarando que los mencionados baremos , en el mejor de los supuestos, solo podrían tener un valor orientativo y que, en modo alguno podrían comportar el automatismo en la determinación de las indemnizaciones, como decía la sentencia de 20 de febrero de 2012 (recurso de casación 527/2010) "no son vinculantes y solo tienen un carácter meramente orientativo" (en el mismo sentido, sentencia de 3 de mayo de 2012, recurso de casación 2441/2010). Y nada ha cambiado con la nueva regulación que se establece en el actual artículo que regula la indemnización que, como se ha expuesto en su transcripción, se limita a proponer que la determinación de la indemnización, que la primera que deba aplicar es la Administración, en su caso, "podrá tomar como referencia "dicho baremo , es decir, ni se impone imperativamente ni, menos aún, de aceptarse ese recurso al baremo, deba ser aplicado en toda su pureza. porque lo que se propone es "tomarlo como referencia" (art. 34.2 ley 40/15)

Esta doctrina se reitera en la reciente sentencia RS, 3ª, secc. 5ª, de 6-2-2023 (rec. 152/2022).

2. Según el informe pericial aportado por la parte recurrente (en el informe de asistencia muestra una leve rectificación cervical por causa del accidente) se habla para Miguel Ángel del Río de un periodo de 60 días estándar de curación, expresando el médico informante que ha quedado como secuela una algia postraumática (dolor, que es algo subjetivo). Mayor periodo de tiempo de curación, con la misma lesión, refiere para Mª José Jiménez, con la misma secuela.

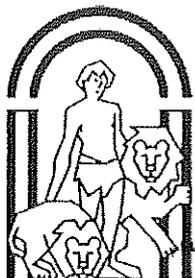
Con carácter subsidiario refiere el codemandado las cantidades siguientes : 2 206,40 € para [REDACTED] y 617,28 € [REDACTED]. Con independencia de desconocerse ahora las razones de ello, se fijarán estas cantidades.

Respecto a los daños materiales, se fijará una indemnización de 782,41 €, que se corresponde con el presupuesto de reparación elaborado por la propia aseguradora y que se aporta con la demanda como doc. nº 12.

Sin costas.

FALLO

(1) DESESTIMO el recurso contencioso-administrativo interpuesto por [REDACTED] y [REDACTED] frente a la resolución de 22-7-2020 dictada por el titular de la Asesoría Jurídica del





Ayuntamiento de Málaga, desestimatoria de la reposición intentada frente a la de 15-3-2020 que inadmitió la reclamación formulada por el recurrente el día 25-9-2019 ante el Ayuntamiento de Vélez-Málaga en concepto de responsabilidad patrimonial.

Las costas causadas al Ayuntamiento de Málaga serán abonadas por la parte recurrente.

(2) ESTIMO PARCIALMENTE acción ejercitada frente a CONSERVACIÓN, ASFALTO Y CONSTRUCCIÓN, SA, a quien condeno a abonar las siguientes cantidades: (i) a [REDACTED] la cantidad de 1 399,69 €; (ii) a [REDACTED] la cantidad de 2 206,40 €, devengando ambas el interés legal desde el día 25-9-2019.

Sin costas.

Es firme.

Así lo acuerdo y firmo Oscar Pérez Corrales, magistrado.

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran 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."

