

**Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3
Málaga**

Procedimiento abreviado nº 305/2022

Magistrado: Óscar Pérez Corrales

Recurrentes: [REDACTED]

Letrado y procuradora: Francisco Antonio López Rodríguez y M^a Esther Clavero Toledo

Demandado: Ayuntamiento de Málaga, asistido y representado por José Miguel Modelo Flores, letrado municipal

Codemandado (1): EXTRALUX, SA

Letrada y procuradora: Ángeles Romero Carrasco y M^a Dolores Gutiérrez Portales

Codemandado (2) MAPFRE ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, SA

Letrado y procuradora: Francisco Jurado Martín y M^a Soledad Vargas Torres

SENTENCIA N° 258/2024

En Málaga, a 25 de octubre de 2024.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- 1. [REDACTED]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Objeto de recurso c-a y pretensiones que articula el recurrente. La posición procesal de la aseguradora municipal



[REDACTED]

[REDACTED]

Al mismo tiempo, y aun cuando tampoco lo expresa así, ejercita una acción de responsabilidad civil extracontractual del artículo 1.902 Código Civil frente al contratista ETRALUX, SA (expediente de contratación 37/2019), posibilidad admitida en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder judicial – LOPJ -.

También conviene precisar en este momento que la parte recurrente no ha ejercitado la acción directa frente a la aseguradora de la Administración en los términos que previó el art. 9.4 de la LOPJ a partir de la reforma operada por L.O. 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 que su condición de demandada – de la aseguradora – lo es por la vía del interés a que se refiere el art. 21.1 b) LJCA, 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, ECLI:ES:TS:2010:2605).

2. Los hechos en cuya virtud se reclama, la resolución recurrida y su engarce en la ley de contratos del sector público

[REDACTED]

[REDACTED]



[REDACTED] (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) en relación con el artículo 82.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo (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).

En el caso, el contrato de mantenimiento y conservación del alumbrado exterior del Ayuntamiento de Málaga (expediente nº 37/2019) fue adjudicado, conforme a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, a la codemanda EXTRALUX, SA, lo que conlleva atender a los siguientes preceptos. En primer lugar, su artículo 196:

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.*

En segundo lugar, el artículo 287.1, referido al contrato de concesión de servicios:

1. *El concesionario está obligado a organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo, y, en su caso, a la ejecución de las obras conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación*

También el art. 288 c), que obliga al concesionario a *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.*

Ha de tenerse en cuenta, en todo caso, 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 empiece la utilización por quien ha sufrido el daño del ejercicio de la acción prevista en el art. 106.2 Constitución y 32 y siguientes de la Ley 40/2015, reguladora del régimen jurídico del sector público (LRJSP), pues se mueve aquella dentro del derecho de interpretación que la Administración tiene en la relación contractual y en virtud del



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 Constitución y 39 y siguientes LRJSP y, además, la acción de responsabilidad frente al particular que consideraba cooperó al daño: la entidad contratista.

Y 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 levísimas (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 ha dicho).

Es lo cierto, sin embargo, que sobre nada de ello se reflexiona en el escrito de demanda, pues obvian los recurrentes la resolución administrativa que difiere la responsabilidad al contratista por no haber dado la Administración orden alguna por cuanto que, de existir responsabilidad, sería esta del contratista por no haber abordado correctamente la tarea de mantenimiento del alumbrado público a que estaba obligado por contrato. La expresada omisión alegatoria del recurrente sobre los hechos constitutivos de su pretensión en relación con el Ayuntamiento demandado, visto el tenor de la resolución recurrida y dictada en el ámbito normativo expresado con la presencia de un contratista, ya sugiere la necesidad de desestimar el recurso interpuesto frente a la resolución administrativa, que así se declarará con imposición de las costas causadas a la Administración y sin hacer especial pronunciamiento respecto de su aseguradora.

3. La acción del artículo 1.902 CC ejercitada frente al contratista

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, de 21-11-2007 (rec. 9881/2003; ECLI:ES:TS:2003:8176), 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, ECLI:ES:TS:2003:6336).

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 (en el sentido ya expresado situando en el centro del sistema la lesión, antijurídica cuando no haya causa que la justifique, mas sin prescindir, cuando hablemos de funcionamiento anormal, del título de imputación: la culpa), mientras que la del particular (contratista en nuestro caso), será subjetiva y regida por el régimen del art. 1.902 CC (artículo ni siquiera citado por los recurrentes en su escrito de demanda).

4. Sobre la culpa del contratista y valoración de la prueba



[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

5. Extensión del daño

[Redacted text block]



[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

FALLO

DESESTIMO el recurso contencioso-administrativo interpuesto por

[REDACTED]

Las costas causadas a la Administración serán abonadas solidariamente por los recurrentes, sin hacer especial pronunciamiento sobre las sufridas por la aseguradora del Ayuntamiento de Málaga.

ESTIMO PARCIALMENTE la acción de responsabilidad extracontractual ejercitada frente a ETRALUX, SA,

[REDACTED]

Sin costas.





Instrucción de recursos: es firme.

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

