



JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2

CIUDAD REAL

SENTENCIA: 00056/2017

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Modelo: N11600
C/ERAS DEL CERRILLO, S/N 13071 CIUDAD REAL

Equipo/usuario: ACC

N.I.G: 13034 45 3 2016 0000472
Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000233 /2016 /
Sobre: ADMINISTRACION LOCAL

De D/D^a: ALLIANZ CIA DE SEGUROS SA
Procurador D./D^a:

Contra D./D^a AYUNTAMIENTO DE CIUDAD REAL, INDITEC UTE CR MACETEROS , MAPFRE ESPAÑA

SENTENCIA 56/2017

En Ciudad Real, a 2 de Marzo de 2017.

La dicta D. BENJAMÍN SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Magistrado del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de los de Ciudad Real, habiendo conocido los autos de la clase y número anteriormente indicados, seguidos entre:

- I) ALLIANZ CÍA DE SEGUROS S.A. representada por DÑA.
y asistida por D.
- II) AYUNTAMIENTO DE CIUDAD REAL, representado y asistido por DÑA.
como parte demandada.
- III) la mercantil INDITEC UTE CR MACETEROS, representado y asistido por D.
como parte codemandada.
- IV) Ha comparecido como interesado en la posición de codemandado la mercantil aseguradora MAPFRE, debidamente representada por D.

Firma válida

Firmado por: SANCHEZ FERNANDEZ
BENJAMIN
CN=ACC FNMT Usuarios, OU=Ceres,
O=FNMT-RCM, C=ES

Firma válida

Firmado por: CN=MARQUEZ MEJIAS
ESTHER
CN=AC Administración Pública,
SERIALNUMBER=Q2826004J,

y asistida por D. . .

Ello con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que mediante escrito de fecha de entrada de 31 de Agosto de 2016 se presentó demanda de procedimiento abreviado por la demandante contra la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial instada frente a aquel ayuntamiento y resuelta por el Decreto de la alcaldía de fecha de 22 de Junio de 2016.

SEGUNDO.- Que dicha demanda fue admitida a trámite conforme a lo dispuesto en el art. 78.3 LJCA mediante decreto de fecha de 8 de Noviembre de 2016, señalando en el mismo para la celebración de la vista en fecha de 14 de Febrero de 2016 y acordando requerir el procedimiento administrativo a la administración demandada, que fue aportado a los autos en fecha de 1 de Diciembre de 2016.

TERCERO.- Que en la fecha señalada se celebró el acto de vista al que acudieron las partes debidamente representadas y asistidas, grabándose el mismo conforme a lo ordenado en el art. 63.3 LJCA en soporte para la reproducción del sonido y de la imagen con garantías de autenticidad, manifestando el demandante lo que a su derecho convino y contestando el demandado en igual forma. No estando conforme en los hechos se propuso como prueba la documental que obraba en las actuaciones y la testifical del policía local que consta en el acta de juicio celebrado.

CUARTO.- Tras la práctica de la prueba se concedió la palabra a las partes para que formularan conclusiones conforme al art. 78.19 LJCA, formulando las mismas y quedando las actuaciones vistas para el dictado de la presente.

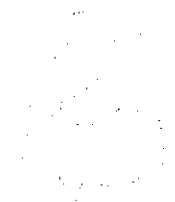
A estos antecedentes les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De las alegaciones de las partes.

1.1º.- La demanda. Afirma la demandante que ejercita su derecho a repetir contra los responsables del siniestro por el cual indemnizó a su asegurado conforme al art. 43 LCS.

Sostiene que el día 7 de Julio de 2015, sobre las 01:22 horas, estando estacionado el vehículo asegurado por la demandante con matrícula 6849JBM en la Ronda de la



Mata, frente al antiguo Juzgado de Menores, de Ciudad Real, sufrió el impacto de una rama de un árbol que se desprendió sobre el mismo ocasionándole daños que ahora reclama tras haber indemnizado por ellos. Entiende que las rachas de viento no debían ser consideradas excepcionales al no sobrepasar la velocidad que se suele estimar para ello.

1.2º.- Contestación de la administración. Sostiene el ajuste a la legalidad de la resolución de fecha de 22/6/2016. Se estima el recurso de inditec posteriormente. Había muchas ramas en el mismo estado, siendo el riesgo del mantenimiento y conservación para la empresa, así como el arbolado viario y demás circunstancias. Las zonas verdes son todas las que se encuentran en el mencionado contrato. Considera que hay fuerza mayor por la existencia de fuertes rachas de viento.

1.3º.- Contestación de Mapfre. La complejidad del asunto es importante. En el folio 36 se señala que el mantenimiento del lugar de los hechos es de la empresa concesionaria. Señala que la caída de esa rama no se debe a un deficiente mantenimiento del árbol. Este informe se recoge el expediente. En el decreto no se dice que haya una deficiente conservación del árbol, dando lugar a todo el trance administrativo. Se dice que no es culpable, sino que lo es en base al pliego de cláusulas administrativas señala que debe considerarse responsable al mismo.

1.4º.- Contestación de la concesionaria. Se opone a la demanda formulada de adverso. El ayuntamiento va contra sus propios actos. En la primera de las resoluciones no se especifica el criterio de imputación y posteriormente se dice que no es responsable. Es incongruente, siendo que no se dice por qué se infringe el deber de conservación, sino más bien lo contrario en cuanto a que se dice que se estaba debidamente conservado y en perfecto estado de revista y que la caída no se ha debido a ninguna falta de mantenimiento. No hay ningún supuesto de responsabilidad.

SEGUNDO.- Del expediente administrativo y de las cuestiones previas.

Sostuvo la mercantil Mapfre que en primer lugar debería declararse la retroacción de las actuaciones y no entrar sobre el fondo del asunto. Para dar una respuesta a las cuestiones suscitadas conviene hacer un somero análisis del expediente.

2.1º.- Así consta un decreto numerado como 2016//2578 en el folio 63 a 70 del expediente administrativo. En el mismo se puede ver como está firmado en fecha de 3 de Mayo de 2016. En este se decidía estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial y hacerlo no frente al ayuntamiento, sino frente a la UTE MACETEROS.

La solicitud originariamente se había dirigido contra el ayuntamiento única y exclusivamente (f. 1).

Ocurre sin embargo que la concesionaria recurrió con escrito de fecha de entrada de 30/5/2016 (ff. 98 a 105). Se solicitaba la nulidad del decreto anterior por el cual se declaraba la responsabilidad de la UTE.

Entre los folios 109 y 113 consta nueva resolución, sin que conste que se diera traslado al hoy demandante del trámite correspondiente, en el cual se resolvía el mismo en el sentido de estimar parcialmente el recurso. En el mismo se resolvía *"excluir o suprimir de la resolución lo dispuesto con respecto a la declaración de la responsabilidad de la empresa INDITEC UTE y mantener la desestimación de la reclamación frente a este ayuntamiento"*

Posteriormente, ahora sí, de esta resolución se da traslado a la parte demandante, folio 124, siendo que es posteriormente cuando se interpone el recurso contencioso administrativo frente a la indicada resolución.

2.2º.- La alegación de Mapfre no puede ser acogida.

Así existe una resolución que desestima la reclamación girada frente a la administración. Única y exclusivamente frente a la administración.

La resolución que hoy se recurre pone fin al procedimiento mediante el recurso potestativo de reposición, lo que supone que es una resolución final a la vía administrativa (art. 116 LRj- PAC, art. 121 L. 39/2015). Por tanto está correctamente interpuesto el recurso contencioso frente a la misma conforme al art. 25 y 46 LJCA.

Los defectos en la tramitación de ese recurso de reposición, que ciertamente son claros y evidentes conforme al art. 112 LRJ- PAC y art. 118 L. 39/2015, no han sido alegados por la parte demandante que considera que no afectan a su derecho de defensa o que simplemente no considera necesario su alegación.

La posición de un codemandado (art. 21 LJCA) no permite la formulación de motivos de nulidad de la actuación administrativa, pues ello es un campo propio de las pretensiones de los demandantes (arts. 31 y 32 LJCA), siendo además que no puede beneficiarse de sus propios errores quien los ha causado (o la aseguradora por subrogación de su asegurado conforme al art. 1148 del código civil). No existe la figura del coadyuvante en los procesos contenciosos administrativos bajo la ley de 1998 tal y como viene declarando el Tribunal Supremo.

En definitiva el motivo no puede justificarse, pues el recurso de reposición lo que hace es estimar la eliminación de un pronunciamiento que además era incongruente *extrapetita* con lo que se había solicitado por el interesado demandante que no era el pronunciamiento de la atribución de la responsabilidad (art. 214.3 RDLeg 3/2011), sino única y exclusivamente que se pronunciara sobre su propia responsabilidad.

Por ello las excepciones se desestiman.

TERCERO.- De los hechos acreditados.

Atendidas las alegaciones y posiciones de unos y otros se puede señalar como acreditado:

3.1º.- El día 7 de Julio de 2015, sobre las 01:22 horas, estando estacionado el vehículo asegurado por la demandante con matrícula 6849JBM en la Ronda de la Mata, frente al antiguo Juzgado de Menores, de Ciudad Real cayó una rama de Olmo siberiano sobre el mismo y causó los daños que hoy se reclaman.

3.2º.- Que el importe de esos daños era de 913,50 €, tal y como se acredita con las facturas.

3.3º.- Que la velocidad del aire no era excesiva ni imprevisible, siendo una velocidad normal y un tiempo estable y soleado y alcanzando unos 14 km/h.

3.4º.- Que el árbol (f. 36) se encontraba en un estado normal y adecuado, siendo por tanto que no se acredita deficiencias en el cuidado del mismo al haberse realizado todas las tareas de mantenimiento del mismo.

3.5º.- Se acredita que la causa probable o que explica la cuestión es el peso de la rama y su dimensión, así como las circunstancias del propio árbol que unido a la fuerza del aire que se produjo provocó una fuerza que la propia rama no pudo mantener y cedió sobre el vehículo ocasionando los daños (f. 36).

CUARTO.- De la responsabilidad de la administración en los servicios sujetos a concesión administrativa. Análisis del sistema legal y las interpretaciones jurisprudenciales.

Este procedimiento guarda semejanzas en cuanto al derecho aplicable con otros procedimientos anteriores.

4.1º.- Señala el art. 214 RDLeg 3/2011 que *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 art. 280.c RDLeg 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 art. 279.2 del RDLeg 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 art. 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 art. 127 del mencionado Reglamento. El art. 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 art. 1.3 del RD 439/1993, vigente a la fecha de los hechos, señalaba que *Se seguirán los procedimientos previstos en los capítulos II y III de este Reglamento 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 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, sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, dicha legislación establece. En todo caso se dará 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*

4.2º.- Atendiendo a lo anterior la administración en su resolución afirma que la responsabilidad es exclusivamente del contratista, sin que pueda afirmarse la propia. Como en otras cuestiones, la jurisprudencia no es unánime. Cabe afirmar que hay varias posiciones jurisprudenciales sobre el particular.

4.2.1.- Tesis a favor de la responsabilidad directa de la administración sobre los servicios concedidos. La primera que a estos efectos se puede citar parte de una interpretación conforme a la constitución del art. 106.2 CE del sistema general de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos, sean gestionados en régimen directo o indirecto. Señala la STSJ de Canarias, secc. 1ª, de 1 de Diciembre de 2014 que *"...Ahora bien, la cuestión decisiva es que, en el caso, no estamos ante un contrato de ejecución de obras o de suministro en los que el daño deriva de una orden de la Administración o de los vicios de un proyecto, o*

como consecuencia de operaciones de ejecución de un contrato de obras, sino que estamos ante un servicio público referido al ciclo integral del agua cuya gestión es objeto de contrato a tercero, lo que supone la gestión indirecta del servicio, si bien la titularidad sigue siendo de la propia Administración lo que, a su vez, conlleva que siga siendo esta la responsable frente a terceros ajenos a la gestión indirecta del servicio. Dicho en otras palabras 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 Ayuntamiento. La responsabilidad patrimonial de la Administración viene configurada en los artículos 106.2 de la Constitución y 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo común 30/92, de 26 de noviembre, como una responsabilidad directa y objetiva, que obliga a la primera a indemnizar toda lesión que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

No es preciso, pues, como se exige para la responsabilidad entre particulares el artículo 1.902 del Código Civil, que concurra cualquier género de culpa o negligencia en la actuación de la Administración, sino que es suficiente que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. La responsabilidad pasa así a reposar sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento sólo si, y en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial. No siendo precisa la ilicitud, el dolo y la culpa o negligencia de la Administración, los requisitos quedan limitados a la existencia de daño y la relación de causa a efecto entre éste y el funcionamiento de los servicios públicos. De esta manera, lo que se pretende es que la colectividad, representada por la Administración, asuma la reparación de los daños individualizados que produzca el funcionamiento de los servicios públicos, por constituir cargas imputables al coste del mismo en justa correspondencia a los beneficios Generales que dichos servicios aportan a la comunidad_(SSTS, Sala 3ª entre otras muchas, de 12 de septiembre, 17 de junio, 10 de mayo, 19 de abril, 8 y 7 de marzo, 22, 21, 15 y 7 de febrero, 30 y 25 de enero de 2006, de 15 noviembre 1979, de 26 febrero 1982, 2 noviembre 1983 y 24 octubre 1984 entre otras). Por tanto, y sin perjuicio de las relaciones internas que puedan existir entre las partes conforme a la ley y al contrato en cuanto a la indudable obligación que tiene el concesionario de indemnizar los daños y perjuicios que no sean imputables a la administración, según esta posición, los daños que sean consecuencia del

funcionamiento de un servicio público deben ser asumidos por la administración conforme a lo anteriormente citado, jurisprudencia asentada también en otras decisiones como la STSJ de Cataluña de 16 de Mayo de 2012.

4.2.II.- Tesis limitativa de la obligación de resarcir daños y perjuicios de la administración en el caso de gestión indirecta de servicios públicos mediante concesión. Otra forma de interpretar esta institución es considerar la legalidad estricta. Cabe señalar a estos efectos la STSJ de Castilla La Mancha, secc. 2ª, de 22 de Abril de 2009 cuando, tras el análisis del devenir de la responsabilidad en las modalidades indirectas de gestión de servicios públicos (hoy art. 85 LBRRL y art. 277 RDLeg 3/2011) afirma estudiando el reparto de responsabilidades que *"...Es este un caso claro de lo que la doctrina ha denominado "huida del derecho administrativo" derivada de fórmulas de privatización de lo público, en este caso mediante técnicas concesionales, y que, siendo más o menos discutibles desde una perspectiva política o de oportunidad, perspectiva que no nos corresponde a nosotros valorar, puede presentar en lo relativo al régimen de responsabilidad, a nuestro juicio, un problema claro de compatibilidad constitucional con el art. 106.2 CE , pues es razonable preguntarse si resulta lícito, a la vista de dicha cláusula constitucional de responsabilidad objetiva en el ámbito del servicio público, el que, por medio de fórmulas concesionales, no sólo la Administración quede al margen de su responsabilidad, sino incluso que la responsabilidad quede sujeta a criterios de Derecho privado, menos garantistas para el particular dañado. De hecho, tantas dudas plantea esta pretensión legal de eximir a la Administración de responsabilidad, que la idea de imputar en todo caso la responsabilidad directa a la Administración aun cuando actúe un contratista, (idea que luce en el fundamento jurídico segundo de la sentencia apelada), se aprecia también, aunque con más profusión argumentativa, en alguna sentencia del Tribunal Supremo (así, sentencias de 1 de abril de 1985 , 19 de mayo de 1987 de 9 de mayo de 1989) y dictámenes del Consejo de Estado (dictámenes 3991/1998, de 26 de noviembre, 3059/2000, de 23 de noviembre, 3622/2000, de 21 de diciembre)"* Ahora bien, aunque como ya se ha podido intuir nosotros compartimos estas reflexiones desde un punto de vista de justicia material, desde el punto de vista de determinados principios generales (art. 1256 Cc) y desde el punto de vista de la cláusula del art. 106.2 CE , sin embargo creemos que tal interpretación, formulada de modo tan amplio, es contraria al tenor del art. 97.1 Y 2 del T.R. de la Ley de Contratos , cosa que no puede ser simplemente ignorada, pues dicho precepto no permite despachar la cuestión de a quién corresponde la responsabilidad sobre el simple argumento de que la Administración no puede desvincularse de la responsabilidad por el hecho de haber concedido el servicio; pues precisamente este precepto afirma, explícitamente, lo contrario. Cosa diferente es que pueda considerarse dicho artículo contrario a la cláusula del art. 106.2 CE , como esta Sala está inclinada a pensar, por razones que ya se han apuntado; pero ello debería conducir en su caso al planteamiento de la

cuestión de inconstitucionalidad prevista en el art. 163 CE , pero no a la simple relegación del precepto.

Ahora bien, llegados a este punto, consideramos que en el supuesto de autos no resulta necesario apurar el examen de constitucionalidad de los preceptos en juego, y ello porque las circunstancias del caso permiten, sin necesidad de cuestionar el precepto mencionado, rechazar la pretensión del apelante y confirmar la sentencia de instancia.

En efecto, hemos de retomar ahora la reflexión que más arriba expusimos relativa a la función de guía y tutela que la ley impone a la Administración, respecto del usuario dañado, y que, incluso en su versión menos protectora -la de la Ley de Contratos- exige que al menos la Administración se pronuncie expresamente acerca de a quién le es imputable la responsabilidad y por tanto cuál es la acción que corresponde ejercer al afectado. Pues bien, desde este punto de vista, resulta por completo inaceptable que la Administración pretenda ahora, en vía judicial, desviar la responsabilidad a la concesionaria cuando, presentada la reclamación por el particular, se abstuvo absolutamente de cumplir con esa obligación mínima -pero capital para que el particular conozca cómo debe actuar-, guardando silencio y dejando a los perjudicados sin la respuesta que la Ley le obliga a dar respecto de quién sea el responsable. En estas condiciones, resulta inaceptable la pretensión tardía de la Administración de eludir la responsabilidad, y su pretensión de que ahora, cinco años después del fallecimiento, deban los reclamantes iniciar una reclamación civil contra el concesionario, cuando la Administración guardó silencio cuando no sólo podía, sino que estaba obligada a hablar. Aún aceptando el marco que plantea el art. 97 de la Ley de Contratos , es innegable que la Administración, titular del servicio, mantiene una posición de preeminencia y dominio sobre la situación concesional que le confiere ciertos derechos y potestades, pero también la sujeta al cumplimiento de ciertas obligaciones, no sólo frente al concesionario, sino también frente a los usuarios, una de la cuales es la que venimos comentando, y sin cuyo estricto cumplimiento tampoco puede pretender beneficiarse de la exención de responsabilidad que, por razón de haber concedido el servicio, le reconoce la ley -sin perjuicio, lo decimos una vez más, de las dudas de constitucionalidad que tal exención pueda merecer-.

Este criterio se ha mantenido en otras resoluciones como STSJ de Castilla La Mancha, secc. 1ª, de 5 de Mayo de 2005.

4.2.III.- Conclusión de las diversas posiciones. Exigencia estricta de que la administración concedente se pronuncie sobre a quién debe imputarse el daño. Es claro atendiendo a todo lo que se ha expuesto que hay una obligación ineludible para la administración que es posicionarse en el ejercicio de la facultad que le da el art. 214 RDLeg 3/2011 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 se entiende, conforme a lo anterior, que debe entenderse con el máximo rigor, pues lo que no puede es variar su posición creando indefensión a la parte demandante.

QUINTO.- Sobre la responsabilidad en este siniestro.

5.1º.- Atendiendo a los autos y a los hechos que se consideran acreditados cabe señalar que el mismo se debió a circunstancias ignoradas, pero que en ningún caso se debió al deficiente funcionamiento del servicio prestado por la empresa concesionaria.

5.2º.- Atendiendo a la única prueba de la que se dispone, el informe del servicio de parques (f. 36 y 37) y el informe de la policía (f. 5) que señala que hay varias ramas podridas y con riesgo de caer.

5.3º.- Atendiendo a la aparente contradicción que no ha sido explicada por los agentes por no haberse solicitado su declaración, cabe señalar que se ha de considerar preeminente el informe del servicio de parques, por su mayor especialidad. Por tanto el servicio estaba correctamente prestado.

5.4º.- Ello lleva a considerar que si lo que fue causa de la caída fue la específica y especial estructura del árbol el mismo, que es titularidad del ayuntamiento, era objeto propio de ese contrato de mantenimiento. Propio e impuesto al concesionario que hizo cuanto podía hacer, que es mantenerlo y cuidarlo diligentemente, tal y como el servicio municipal informa.

5.5º.- En definitiva se entiende que se debe a la elección y forma de ese árbol y por ello se considera responsabilidad municipal la indemnización de los daños al ser un elemento que impuso como parte del contrato.

SEXTO.- De la posibilidad de la reclamación solidaria y de la responsabilidad de la concesionaria.

6.1º.- **Posibilidad de declarar la responsabilidad de particulares en este procedimiento.** Hay que partir del hecho de considerar que se puede apreciar la responsabilidad de los particulares en este tipo de procedimientos. A ello cabe citar aquí el art. 9.4 LOPJ que señala que *los juzgados de lo Contencioso Administrativo "...Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el*

demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva. También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas.”

El art. 2.e LJCA señala la competencia de este orden para conocer las pretensiones sobre *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.*

Por tanto cabe, como después se dirá la posibilidad de que se analice la responsabilidad de los particulares concurrentes con la administración, siendo que, como señala la STSJ de Castilla La Mancha, secc. 2º, de 10 de Octubre de 2016 *“...En lo que aquí nos interesa, la jurisdicción contenciosa es competente para conocer las pretensiones de responsabilidad patrimonial cuando la Administración concorra con los particulares, como bien ya señaló el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 21 de noviembre de 2007 . Ahora bien, ello no significa que la responsabilidad de aquellos particulares que concurren con la Administración, se deba apreciar a tenor de la normativa administrativa, sino que se debe valorarse de conformidad con el derecho privado en la extensión que posteriormente se mencionara. Por tanto, lo expuesto anteriormente en relación con la responsabilidad de los particulares que son traídos al proceso junto a la Administración no permite enjuiciar dicha responsabilidad si no es con arreglo a las normas del orden civil, ya sean las contenidas en los artículos 1902 y 1903 C.C u otra normativa especial y sin que exista base alguna para poder aplicar a dichos sujetos los principios de la responsabilidad objetiva que consagra el artículo 139 y siguientes de la Ley 30/1992”*

6.2º.- Alcance de la responsabilidad concurrente y mecánica de la responsabilidad en los contratos del sector público. Determinados los hechos que se han considerado probados hay que analizar a quién corresponde la responsabilidad por los mismos, llegando a la conclusión que la responsabilidad es compartida y que además debe considerarse solidaria al no poder deslindarse la una de la otra (art. 140.2 LRJ- PAC, art. 33.2 L. 40/2015) y ello también conforme a los postulados de la denominada solidaridad impropia.

Sobre el alcance de la responsabilidad del concedente y de la administración cabe señalar la STSJ de La Rioja, secc. 1, de 10 de Marzo de 2016, cuando citando la STSJ de Castilla y León de 26 de Mayo de 2008 afirma que *"...la resolución administrativa puede estimar que el responsable es el contratista, pese a que éste expresamente niegue su responsabilidad, en cuyo caso, y en función de la fuerza de convicción de unos y otros argumentos, el perjudicado puede optar por dirigir su demanda civil únicamente contra el contratista, o dirigir su reclamación administrativa contra la Administración y, ante la eventual desestimación expresa o presunta, bien formular recurso contencioso- administrativo únicamente contra la Administración, o bien -preocupándose de no dejar prescribir la acción respecto del contratista- interponer el recurso contencioso-administrativo contra ambos contratantes. A tales posibilidades ha de entenderse referida la expresión del artículo 97.4 de que las reclamaciones de los terceros se formularán, en todo caso, "conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto"; e) Lógicamente, si el perjudicado no tiene duda alguna sobre la estrategia a seguir o de a quién le corresponde la responsabilidad de los daños, podrá dirigir directamente su demanda civil contra el contratista, o la reclamación administrativa y ulterior recurso contencioso- administrativo sólo contra la Administración o contra ésta y el contratista, sin necesidad de obtener previamente el parecer del órgano contratante; f) Aunque tanto en el procedimiento administrativo secuenciale al requerimiento facultativo previo del apartado 3 del artículo 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000 , como en la reclamación administrativa propiamente dicha del apartado 4 del citado artículo 97 , y del artículo 1.3 y siguientes del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo , se da audiencia e intervención al contratista, ello no autoriza a la Administración a alterar o modificar los términos de la pretensión efectivamente hecha valer en cada caso; es decir, al órgano contratante no le es dable desestimar sin más un requerimiento previo de pronunciamiento sobre potencial responsabilidad, como si se le hubiera formulado una reclamación indemnizatoria, dejando de indicar quién entiende que es el responsable de los daños ni, correlativamente puede, ante una reclamación, reconocer el derecho del perjudicado a ser indemnizado por el contratista o entender que es a éste a quien corresponde la responsabilidad, como si se le hubiera pedido previamente su parecer sobre la cuestión, debiendo en estos casos desestimar sin más la reclamación por responsabilidad patrimonial formulada contra la Administración, aunque el fundamento sea precisamente el de no considerarse responsable por entender que incumbe al contratista, pero sin reconocimiento en la parte dispositiva del Acuerdo que ponga fin al expediente administrativo de derecho alguno a favor del perjudicado ni determinación alguna de responsabilidad del contratista."*

6.3.- Posibilidad de responsabilidad solidaria entre la administración y el concesionario. Como antes se ha apuntado cabe plantear la responsabilidad

solidaria entre la administración y el concesionario, surgiría la denominada solidaridad impropia.

La doctrina de la solidaridad impropia ha sido enunciada en sede civil y se puede mencionar alguna jurisprudencia como la STS de 25 de Noviembre de 2016 que señala que "*...La sentencia de Pleno de 14 de mayo de 2003 , reiterando doctrina jurisprudencial de las anteriores de 21 de octubre de 2002 , 23 de junio de 1993 , reconoció junto a la denominada "solidaridad propia", regulada en nuestro Código Civil (artículos 1.137 y siguientes) que viene impuesta, con carácter predeterminado, ex voluntate o ex lege otra modalidad de la solidaridad, llamada impropia u obligaciones in solidum que dimana de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción, y que surge cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades, sin que a esta última especie de solidaridad le sean aplicables todas las reglas previstas para la solidaridad propia...*"

La aplicación al marco contencioso ha sido objeto de polémica, pero ha sido admitida en este ámbito. Así cabe citar la anterior STSJ de Castilla La Mancha, secc. 2ª, de 10 de Octubre de 2016 o la STSJ de Aragón, secc. 3ª, de 12 de Julio de 2016, o habiendo sido objeto de análisis en algunas otras resoluciones como la STS de 9 de Marzo de 2012.

6.4.- Conclusión de todo lo anterior y en base a los hechos señalados es que no hay responsabilidad de la concesionaria demandada

Así aparece claro que conforme al régimen a la misma aplicable, que no es el objetivo, sino el culpabilístico conforme al art. 1902 y 214.4 RDLeg 3/2014.

Si se parte de que deben existir distintas causas para esa responsabilidad solidaria, unidas entre si de tal manera que no pueda separarse el nexo de imputación entre unas y otras, no es el presente caso.

Son según el informe las características del árbol las que motivan el siniestro, siendo que es un objeto propio y obligado del contrato. Por tanto no puede hablarse que haya negligencia por parte de la concesionaria como así se afirma por el servicio municipal correspondiente.

En definitiva la responsabilidad recae en la configuración del árbol que es la que provoca el siniestro y ello es atribuible en exclusiva al ayuntamiento.

SÉPTIMO.- Pronunciamientos, costas y recurso.

7.1º.- Procede la estimación respecto de la administración del presente recurso contencioso administrativo conforme al art. 70.2 LJCA y en consecuencia reconocer

el derecho del demandante a ser indemnizado en la cantidad reclamada e indiscutida conforme al art. 71.1.b LJCA.

7.2º.- Procede la imposición de costas a la administración respecto del demandante conforme al art. 139.1 LJCA.

Sobre las costas de la concesionaria, y teniendo en cuenta que la relación se ha construido de una manera compleja desde el punto de vista subjetivo y aplicando los criterios de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 139.7 LJCA), hay que afirmar que los pronunciamientos de costas han de pronunciarse de manera individualizada respecto de cada una de las relaciones procesales individualmente consideradas cuando existe más de un codemandado (SAP de Cádiz, secc. 2ª, de 12 de Marzo de 2007 que contiene gran cantidad de citas jurisprudenciales sobre esta cuestión. También es exponente de este criterio la SAP de Burgos, secc. 2ª, de 14 de Diciembre de 2012), lo que supone que debe imponerse las mismas a la parte demandante, si bien y atendiendo al art. 139.3 LJCA atendiendo al material de autos, complejidad y contenido de su oposición, procede limitarlas a un máximo de 100 €.

7.3º.- No es susceptible la presente de recurso alguno conforme a los arts. 81.1.a y 86 LJCA.

Por todo ello, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. El Rey y en uso de la potestad jurisdiccional conferida por la Constitución española,

FALLO

Que DEBO ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda presentada por ALLIANZ CÍA DE SEGUROS S.A. representada por DÑA. y asistida por D. frente al AYUNTAMIENTO DE CIUDAD REAL, representado y asistido por DÑA. así como también frente a la mercantil INDITEC UTE CR MACETEROS, representado y asistido por D.

1º.- ANULO el decreto de 22 de Junio de 2016.

2º.- RECONOZCO su derecho a percibir 913,50 € en concepto de indemnización por responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento demandado, más los intereses legales que resulten procedentes.

3º.- CONDENO al pago de dicha indemnización a la administración.

4º.- DESESTIMO la reclamación frente a la concesionaria.

5º.- Las costas del demandante se imponen a la administración.

6º.- Las costas de la concesionaria habrán de ser asumidas por la demandante, hasta un máximo de 100 €.

La presente resolución **no es susceptible de recurso de apelación.**

Asimismo, y conforme establece el art. 104 de la LRJCA , en el plazo de diez días, remítase oficio a la Administración pública demandada, al que se acompañará el expediente administrativo y testimonio de esta sentencia, a fin de que la lleve a puro y debido efecto, y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo. Hágase saber a la Administración que en el plazo de diez días deberá acusar recibo de dicha documentación e indicar el órgano responsable del cumplimiento del fallo.

Procédase a dejar testimonio de esta sentencia en las actuaciones, y pase el original de la misma al Libro de Sentencias. Una declarada la firmeza de la sentencia, devuélvase el expediente a la Administración pública de origen del mismo.

Así por esta, mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo en lugar y fecha en el encabezamiento indicado.