



JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2

CIUDAD REAL

SERV. COMÚN ORDENACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Modelo: S40120

C/ERAS DEL CERRILLO, S/N 13071 CIUDAD REAL
926 279 026

Equipo/usuario: BGH

N.I.G: 13034 45 3 2016 0000432

Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000215 /2016 /
Sobre ADMINISTRACION LOCAL

De D/ña:

Procurador Sr./a. D./Dña: JUAN VILLALON CABALLERO

Contra D/ña: AYUNTAMIENTO DE CIUDAD REAL, MAPFRE CIA DE SEGUROS , INGENIERIA Y DISEÑOS
TECNICOS U.T.E. CR MACETEROS

D^a. MARIA ESTHER MARQUEZ MEJIAS, Letrado de la
Administración de Justicia de JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2
002, de los de CIUDAD REAL.

POR EL PRESENTE HAGO CONSTAR: Que en los autos de
PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000215 /2016 ha recaído SENTENCIA,
del tenor literal:

SENTENCIA 7/2017

En Ciudad Real, a 9 de Enero de 2017.

La dicta D. BENJAMÍN SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Juez 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 D.

, representado por D. y asistido de 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.

Ha comparecido como interesado en la posición de codemandado la mercantil
aseguradora MAPFRE, debidamente representada por D.
y asistida por D.

Ello con base en los siguientes

Firma válida

Firmado por: CN=MARQUEZ MEJIAS
ESTHER
CN=AC Administración Pública,
SERIALNUMBER=026260040,



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que mediante escrito de fecha de entrada de 14 de Julio 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 4 de Mayo 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 22 de Septiembre de 2016, señalando en el mismo para la celebración de la vista en fecha de 13 de Diciembre de 2016 y acordando requerir el procedimiento administrativo a la administración demandada, que fue aportado a los autos en fecha de 27 de Octubre 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 que en fecha de 30 de Agosto de 2015 sufrió un siniestro su vehículo cuando el mismo estaba estacionado en la calle Adelfas número 19 de la localidad de Ciudad Real, cuando por razones desconocidas una rama de un árbol calló. Afirma que la caída de dicha rama debe considerarse propia de la falta de mantenimiento y vigilancia de ésta.

1.2º.- La contestación de la concesionaria. No se especifica por qué se trae al procedimiento a Maceteros. No cuadra la culpa in vigilando del ayuntamiento con las causas no explicadas de la caída del árbol. Afirma que en la propia resolución se excluye la responsabilidad de la concesionaria en la propia resolución recurrida y que la misma ha realizado todas las actuaciones de mantenimiento del árbol en

cuestión, siendo la causa las condiciones climatológicas adversas. Se ha ejecutado plenamente el contrato y no puede determinar la responsabilidad. No puede ser aseguradora universal la concesionaria ni la administración, no puede afirmarse que el árbol se cae por causas desconocidas y hacer asumir la responsabilidad al demandado UTE.

1.3º.- La contestación del ayuntamiento. Ruptura del nexo causal como causa de oposición al considerar que no gestiona tal servicio y que se debe a factores climatológicos. Por otra parte entienden que la responsabilidad debe ser asumida por la empresa y nunca por el ayuntamiento, indicándose en el contrato que debe ser la responsable por deficiencias en el servicio la concesionaria. Es única y exclusivamente responsable aquella.

1.4º.- La contestación de Mapfre. Se adhiere a la letrada del ayuntamiento, debiéndose considerar si hay o no fuerza mayor. Por otra parte la labor de mantenimiento está externalizada y debe ser asumida por la empresa, lo que excluye la responsabilidad de mapfre que asume la del ayuntamiento y no la de la empresa. Manifiesta igualmente que la franquicia es de 300 € y que por tanto no puede ser asumida aquella en la misma.

SEGUNDO.- De la responsabilidad patrimonial. Elementos y presupuestos.

Señala el art. 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 señala el art. 139 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC), en similar sentido que el art. 32 de la nueva Ley 40/2015 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, sin entrar aún en los requisitos del daño, 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, tal y como exige el art. 139.2LRJ-PAC.

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.

En este mismo sentido se pueden citar una ingente cantidad de decisiones jurisprudenciales, sirviendo de ejemplo la STSJ de Castilla La Mancha, secc. 1ª, de 4 de Mayo de 2015 *"la copiosa jurisprudencia sobre la materia ha estructurado una compacta doctrina de la que pueden significarse como pilares fundamentales los siguientes: a) La legislación ha estatuido una cobertura patrimonial de toda clase de daños que los administrados hayan sufrido en sus bienes a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, fórmula que abarca la total actividad administrativa; b) Servicio público viene a ser sinónimo de actividad administrativa y para calificación hay que atender, más que a una tipificación especial de alguna de las formas en que suelen presentarse, al conjunto que abarca todo el tráfico ordinario de la Administración; c) De ahí que siempre que se produzca un daño en el patrimonio de un particular sin que esta venga obligado a soportarlo en virtud de disposición legal o vínculo jurídico, hay que atender que se origina la obligación de resarcir por parte de la Administración, si se cumplen los requisitos exigibles para ello, ya que al operar el daño o el perjuicio como meros hechos jurídicos, es totalmente irrelevante para la imputación de los mismos a la Administración que ésta haya obrado en el estricto ejercicio de una potestad administrativa, o en forma de mera actividad material o en omisión de una obligación legal; d) Los requisitos exigibles para imputar a la Administración la responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados a los administrados son los siguientes: Primero, la efectiva realidad de un daño material, individualizado o económicamente normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa y exclusiva e inmediata de causa a efecto, cualquiera que sea su origen (Reglamento, acto administrativo, legal*

o ilegal, simple actuación material o mera omisión). Segundo, que no se haya producido por fuerza mayor y que no haya caducado el derecho a reclamar por el transcurso del tiempo que fija la Ley.

TERCERO.- De los hechos acaecidos y de la valoración de la prueba.

3.1º.- Para comenzar el análisis fáctico hay que señalar que no se pone en duda ni la producción del siniestro, debidamente constatado por la fuerza pública, ni tampoco se ha puesto en duda la peritación y cuantificación de los daños por ninguna de las partes, con lo que se debe admitir la peritación y valoración que obra en el expediente administrativo (ff. 9 a 11 del expediente) y la demanda.

3.2º.- Respecto de la causa hay que señalar que las partes demandadas lo atribuyen a efectos climatológicos y la parte demandante, afirma que se debe a la negligencia in vigilando, a la falta de cuidado y atención respecto del mismo.

3.3º.- Respecto de las causas climáticas hay que señalar, sin perjuicio de la valoración jurídica posterior que no se acredita la excepcionalidad de la situación ambiental. Ninguna prueba objetiva hay que haga pensar que la situación climática del día de los hechos era excepcionalmente mala, anormalmente dura o imprevisible, pues lo único que consta es que la situación climatológica era "adversa" (f. 8).

3.4º.- Respecto del árbol, se identifica como "*ulmus latifolia*", (nombre científico del olmo de hoja larga) siendo el mismo titularidad municipal (f. 13). Igualmente se afirma que el mismo estaba en perfecto estado de revista (f. 31), achacando a un temporal de lluvia y viento la caída. Así mismo el informe del servicio de parques y jardines señala (ff. 27 a 29) que el estado del olmo era adecuado y que sus condiciones vegetativas eran correctas, no existiendo peligro de rotura en condiciones climatológicas habituales, afirmando que la caída de una rama no se debe únicamente a rachas de viento excesivas, sino que se puede producir cuando hay rachas de viento importantes por debajo de lo extraordinario en función del peso y magnitud.

3.5º.- La rama tenía apariencia de podrida según la policía y no se acredita que se haya analizado la misma por los servicios municipales ni por la empresa concesionaria la misma.

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

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

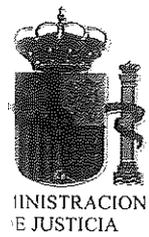
el funcionamiento de los servicios públicos. De esta manera, lo que se pretende es que la colectividad, representada por la Administración, asuma la reparación de los daños individualizados que produzca el funcionamiento de los servicios públicos, por constituir cargas imputables al coste del mismo en justa correspondencia a los beneficios Generales que dichas 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.- Del caso de autos y su estimación.

5.1º.- Como antes se ha dicho la obligación de señalar al responsable ha de ser entendida con el máximo rigor y en el presente caso no se cumple.

Así primero la administración entra sobre el fondo y afirma que no hay nexo de causalidad por existir fuerza mayor, conclusión con la que no se está de acuerdo por lo que posteriormente se dirá.

Por otra parte la administración no declara abiertamente que la responsabilidad sea del contratista, sino que se limita a copiar (parcialmente, pues no añade los supuestos de responsabilidad de la administración y una sentencia con una declaración genérica sobre la misma).

Por tanto en primer lugar aparece incumplido el requisito relativo a declarar, de una manera clara en la resolución a quién debe corresponder y por qué la responsabilidad.

5.2º.- Por otra parte tampoco se comparte que sea responsabilidad de la empresa concesionaria. Así como antes se ha dicho en el expediente consta la titularidad municipal del árbol (f. 8). Igualmente se da a entender por los servicios municipales que ese árbol es responsabilidad de la concesionaria porque el mismo se encuentra dentro de las zonas concedidas a su actividad y porque el mismo ya estaba allí cuando se estableció el contrato, con lo que formaba parte obligatoria de ese contrato, **era objeto necesario e impuesto por la administración.**

5.3º.- De lo anterior se concluye que existe una contradicción entre mantener que es responsabilidad de la concesionaria y manifestar (f. 27) que las circunstancias propias del árbol son las que han provocado su caída con un viento no superior a 120 km/h y cuando constan haberse realizado convenientemente las operaciones de mantenimiento y conservación de éste.

5.4º.- Para que pueda hablarse de fuerza mayor (o caso fortuito) se han de dar unas circunstancias que no sean previsibles o que aún siéndolo no puedan evitarse conforme al art. 1105 del código civil y a las circunstancias del art. 231 del RDLeg 3/2011, concretamente al art. 231.2.b de dicho cuerpo legal.

En este sentido la STS de 10 de Noviembre de 2008 señala que *"También se ha de coincidir con la defensa del Estado en que el concepto de fuerza mayor recogido en el artículo 144.1.b de la TRLCAP requiere, en relación a los temporales marítimos (que junto con otros fenómenos naturales se enumeran en ese precepto), que los mismos tengan unos efectos catastróficos, es decir, que sean de una envergadura y producción no previsibles y si lo son que sean inevitables, pues no hay que olvidar que su literal habla textualmente de los fenómenos naturales de efectos catastróficos como temporales marítimos, es decir, no se refiere a cualquier temporal del mar sino que éste es un presupuesto previo que ha de ir acompañado de esos elementos de «consecuencias imprevisibles» o «inevitables».*

Sobre los efectos del viento y sus consideraciones como fuerza mayor se ha de estar especialmente a su previsibilidad, tal y como señala la STS de 29 de Junio de 2002 que confirma la STSJ de Canarias de 14 de Enero de 1998 en la que se afirma que *el concepto de fuerza mayor, según declaran las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de Abril de 1988, 12 de Diciembre de 1989 y 10 de Marzo de 1992, con el suceso extraordinario catastrófico o desacostumbrado, en el que destaca la excepcional gravedad o inevitabilidad de un acontecimiento normalmente insólito y, por tanto, no razonablemente previsible*

5.5º.- Atendiendo a ello únicamente consta que el viento era fuerte, la situación climatológica era desapacible y adversa, pero no consta que fuera anormalmente mala o que las rachas de viento tuvieran una intensidad desmesurada, lo que consta es que (f. 27) las condiciones y especialmente la envergadura y el peso del árbol titularidad municipal, no pudieran aguantar la tensión estructural generada por unas condiciones climáticas adversas pero que no se acredita que fueran imprevisibles o irresistibles, cuestión ésta que debe acreditarse por la demandada conforme al art. 217.3 LEC.

5.6º.- Es responsabilidad de la administración por tanto mantener el servicio de parques y jardines y dentro de esta responsabilidad se encuentra el elegir especies cuyo crecimiento no cause riesgo cuando las condiciones ambientales sean adversas, debiendo prever medidas para el caso de que así lo sean, pues se reitera

que en este caso no se aprecia fuerza mayor por no acreditarse de una manera clara cuál era la fuerza del aire.

5.7º.- Conclusión Es que se ha de imponer la responsabilidad a la administración demandada, pues del informe de sus propios servicios se determina que la causa era la propia estructura y tamaño del árbol, sin que se acredite que el aire y las condiciones, más allá de ser desapacibles fueran extraordinarias.

Si como dice la STS de 20 de Julio de 2011 entre las diversas concepciones, con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen, en materia de responsabilidad patrimonial, aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél (SSTS 25 de enero de 1997 y 28 de marzo de 2000), es por lo que se entiende que de tener el árbol un tamaño menor hubiera resistido unas sacudidas de aire que no son extraordinaria y excepcionalmente fuertes y no se acreditan como de excepcional producción en Ciudad Real, siendo titularidad municipal el árbol y careciendo de disposición sobre este (sobre su existencia o no) la empresa.

SEXTO.- Pronunciamientos, costas y recursos.

6.1º.- Respecto del resultado, el mismo ha de ser la estimación de la demanda conforme al art. 70.2 LJCA, procediendo la anulación de la resolución impugnada (art. 71.1.a) y reconociendo el derecho a ser indemnizada (art. 71.1.b y d LJCA) en la cantidad reclamada y que no ha sido objeto de especial impugnación, acreditada a través de la documentación y no desvirtuada.

No procede entrar ni en lo relativo a la franquicia, ni a realizar ningún tipo de condena a la codemandada, puesto que no ha sido objeto de pretensión en el suplico de la demanda (art. 33.1 LJCA) y por tanto quedar en el ámbito interno de la relación mercantil de aseguramiento entre la misma y la administración tales cuestiones.

6.2º.- Atendido el resultado del procedimiento procede la imposición de las costas a la administración 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 €.

6.3º.- No resulta procedente el recurso de apelación conforme a lo dispuesto en el art. 81.1.a 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 D. _____ y asistido de D. _____, representado 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 la desestimación tácita de su reclamación patrimonial frente a la administración.

2º.- RECONOZCO su derecho a percibir 691,58 € 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.**

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

Concuerda bien y fielmente con su original al que me remito y, para que así conste, extiendo y firmo el presente testimonio en CIUDAD REAL, a trece de enero de dos mil diecisiete.

EL/LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

