



**TRIBUNAL DE INSTANCIA
SECCION DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
PLAZA Nº 3
PALMA**

SENTENCIA: 00148/2026

SERVICIO COMÚN DE TRAMITACIÓN

Modelo: N11600 SENTENCIA ART 67 Y SS LRJCA
TRAVESA D'EN BALLESTER 20. PLANTA PRIMERA
Teléfono: 0034971219476
Correo electrónico: SCG.PALMA@JUSTICIA.ES

Equipo/usuario: XCA

N.I.G: 07040 45 3 2023 0001400

Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000382 /2023 /

Sobre: INDEMINIZACION DAÑOS Y PERJUICIOS-RESPONSABILIDAD

De D/Dª: [REDACTED]

Abogado:

Procurador D./Dª: JOSE LUIS SASTRE SANTANDREU

Contra D./Dª AJUNTAMENT DE MAO

Abogado: JOANA TRIAY MASCARÓ

Procurador D./Dª BEGOÑA LLABRES MARTI

SENTENCIA Nº148/26

En Palma, a 4 de junio de dos mil veintiséis

Vistos por mí, D. Tomás Méndez López, Magistrado de la Plaza número 3, de la Sección Contenciosa Administrativa del Tribunal de Instancia de Palma, los presentes autos de recurso contencioso administrativo nº 382/2023, tramitado por las normas del procedimiento abreviado, siendo parte demandante Dª. [REDACTED] representada por el Procurador D. José Luis Sastre Santandreu y asistida del Letrado D. Gabriel Llull Quetglas, y parte demandada el AJUNTAMENT DE MAÓ, representado por la Procuradora Dª Begoña Llabrés Martí y asistido de la Letrada Dª Joana Triay Mascaró.

Constituye el objeto del recurso la desestimación presunta por silencio administrativo efectuada por el ayuntamiento de Mahón de la reclamación de fecha 20.03.18.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. – Por el Procurador D. José Luis Sastre Santandreu, en la representación reseñada, se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la desestimación presunta por silencio administrativo efectuada por el ayuntamiento de Mahón de la reclamación de fecha 20.03.18.

SEGUNDO. –. Admitida a trámite la demanda, y tras los diversos acontecimientos procesales que constan en autos, se citó a las partes para la celebración de vista el 03/06/2026, compareciendo ambas.

La parte demandada contestó la demanda interesando su desestimación.

Abierto la fase probatoria, la parte actora interesó la siguiente: documental por reproducida y documental aportada en el propio acto.

La parte demandada interesó la siguiente: documental aportada en el propio acto.

Concluida la práctica de la prueba, y tras ser formuladas conclusiones sucintas, quedaron los autos vistos para el dictado de sentencia.

TERCERO. - La cuantía del procedimiento queda fijada en la suma de 1.808,34, euros.

CUARTO. -En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - *Objeto del litigio y pretensiones.*

Constituye el objeto del presente recurso contencioso-administrativo la desestimación presunta por silencio administrativo efectuada por el ayuntamiento de Mahón de la reclamación de fecha 20.03.18.

La parte actora interesa el dictado de sentencia por la que se declare la obligación del ente público demandado de indemnizar a D^a. [REDACTED] en la cantidad de MIL OCHOCIENTOS OCHO EUROS CON TREINTA Y CUATRO CENTIMOS (1.808'34.- €), fijando tal cuantía como la preceptiva y, en cualquier caso, con más los intereses legales devengados desde la fecha de la interposición de la demanda, con expresa imposición de costas al ente demandado.

La parte recurrente hace la siguiente narración de hechos:

«Que el origen del siniestro se halla en unos daños por agua provenientes de la rotura de la conducción general de suministro de agua potable ubicada en el vial público de la C/. Plana de Mahón como consecuencia de las obras de rehabilitación que se estaban realizando en la

conducción de agua potable, lo que provocó filtraciones de agua en la vivienda arrendada por la actora a D. [REDACTED] y a D. [REDACTED]

Dicho siniestro tuvo lugar en fecha 21.03.18 y fue inmediatamente comunicado a la compañía aseguradora (Zurich Insurance) por parte de los propietarios de la vivienda, al objeto de constatar, evaluar y determinar el origen del siniestro y la valoración de los daños sufridos en la vivienda propiedad del Sr. [REDACTED] y del Sr. [REDACTED]. De esta forma, el perito desplazado al lugar de los hechos determinó que la causa del siniestro se debió a "la rotura de la conducción general de agua y vertido masivo de esta hacia el terreno, durante los trabajos de rehabilitación acometidos en el vial donde se emplaza el riesgo asegurado (vivienda arrendada)", lo que había provocado daños en los acabados de marés natural de los paramentos verticales del sótano; en la instalación eléctrica de alumbrado y tomas de corriente del sótano; en la trampilla de madera de dimensiones 2360x900 mm. existente en la solera del sótano y en el deshumificador marca Trau modelo DH-716. Asimismo, tras desglose de las partidas indemnizables, el perito determinó que los daños ascendían a la suma total de 1.808'34.- €, I.V.A. incluido».

El Ajuntament de Maó, opone:

- 1.-Que no existe nexo causal.
- 2.-Que los daños no son responsabilidad municipal.
- 3.-Culpa exclusiva del contratista en la causación de los daños, no siendo la Administración una aseguradora universal.
- 4.-Que la parte actora debería haber dirigido la acción contra el contratista.

SEGUNDO. – *Normativa aplicable y doctrina legal.* La responsabilidad patrimonial de la Administración viene establecida con el máximo rango normativo por el artículo 106.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor: «Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en 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».

Pues bien, el artículo 32 de la Ley 40/2015 dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

«1. –Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley.

2. –En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas».

Siguiendo la jurisprudencia recaída al respecto, se puede colegir que para que nazca la responsabilidad patrimonial de cualquier Administración se precisa, fundamentalmente, los siguientes requisitos:

1º-) Una lesión sufrida por el particular en cualquiera de sus bienes o derechos, entendiendo por lesión un daño antijurídico que reúna los caracteres de efectividad, posibilidad de evaluación económica e individualización con relación a una persona o grupo de personas, en donde el afectado no tenga el deber jurídico de soportarlo. El daño ha de reunir, a su vez, los siguientes requisitos:

a) Ha de ser efectivo, lo que excluye los daños eventuales o simplemente posibles pero no actuales, aunque hubieran sido ya reparados por un seguro privado (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de diciembre de 1982) o por la Seguridad Social (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1985).

b) Ha de ser evaluable económicamente, pudiendo incluirse en el mismo tanto los daños materiales como los morales (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1975, 2 y 18 de febrero de 1980, 18 de enero y 30 de marzo de 1982, 3 y 9 de abril, 31 de mayo y 19 de noviembre de 1985, entre otras muchas).

c) Ha de ser individualizado, es decir, debe ser concreto, residenciable directamente en el patrimonio del reclamante y que exceda, además, de lo que puedan considerarse cargas comunes de la vida social.

2º-) El daño o la lesión debe ser imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y no tratarse de un supuesto de fuerza mayor. Por lo tanto, los elementos necesarios en este aspecto son los siguientes:

a) Que la lesión sea imputable a la Administración, admitiéndose también como tal la causada por cualquier persona integrada en la organización administrativa, siempre que no sea una actividad desconectada totalmente del servicio público.

b) Que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. El funcionamiento normal permite la imputación de los daños resultantes del riesgo generado por la actuación administrativa. Se trata de daños eventuales o incidentales causados por acciones lícitas de la Administración que debe soportar, así, tanto los beneficios como los perjuicios de su actuación (*cuius commoda eius et incommoda*). Por el contrario, el funcionamiento anormal del servicio supone la posibilidad de imputación de los daños causados con dolo, culpa o negligencia, tanto si son atribuibles a un agente identificado como si son daños anónimos, atribuibles a la organización administrativa en abstracto. Aquí se incluyen, tanto los casos en los que el servicio ha funcionado mal o defectuosamente (culpa in committendo, con un rendimiento por debajo de los niveles medios de prestaciones exigibles en cada servicio), como los casos en que no ha funcionado (culpa in omittendo, cuando existe un deber de actuar), y también los que pueden derivarse de una falta de actuación (culpa in vigilando).

c) Que no se trate de un supuesto de fuerza mayor, es decir, de un acontecimiento realmente insólito y extraño al campo normal de previsiones típicas de cada actividad o servicio, según su naturaleza.

3º-) La existencia de una relación de causalidad entre la acción u omisión de la Administración y el daño o lesión sufrida por un particular en sus intereses. Es éste un elemento esencial, pues la ruptura de ese nexo por cualquier causa provoca la ausencia de responsabilidad para la Administración.

Debe, pues, concluirse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable. Los anteriores principios permiten constatar el examen de la relación de causalidad inherente a todo caso de responsabilidad extracontractual, debiendo subrayarse:

a) Que entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél.

b) No son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que –válidas como son en otros terrenos– irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

c) La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquéllos que comportan fuerza mayor –única circunstancia admitida por la Ley con efecto excluyente–, a los cuales importa añadir la intencionalidad de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla.

d) Finalmente, el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponda a la Administración, pues no sería objetiva aquélla responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia.

La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública es de carácter objetivo, lo cual no debe interpretarse en el sentido de que sea suficiente con que se haya producido un daño, sino que además es necesario acreditar la concurrencia de todos los requisitos a los que se ha hecho referencia, sin que haya ninguna inversión de la carga de la prueba. En este sentido, en aplicación de la remisión normativa establecida en el artículo 60.4 de la Ley 29/1998, de 13

de julio, rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general inferido del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho (*semper necesitas probandi incumbit illi qui agit*), así como los principios consecuentes recogidos en los brocardos que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega (*ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*) y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios (*notoria non egent probatione*) y los hechos negativos (*negativa non sunt probanda*). En consecuencia, en virtud del principio sobre la carga de la prueba, ha de partirse de la base de que cada parte soporta la de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997 y 21 de septiembre de 1998). Ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990 y 2 de noviembre de 1992, y de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares núm. 831/2013, de 10 de diciembre de 2013, entre otras).

La STS, Sala 1ª, de 22 de febrero de 2007 que señala que "Es un criterio de imputación del daño al que lo padece la asunción de los riesgos generales de la vida (SSTS 21 de octubre de 2005 y 5 de enero de 2006), de los pequeños riesgos que la vida obliga a soportar (SSTS de 11 de noviembre de 2005 y 2 de marzo de 2006) o de los riesgos no cualificados, pues riesgos hay en todas las actividades de la vida (STS 17 de julio de 2003), en aplicación de la conocida regla "*id quod plerumque accidit*" (las cosas que ocurren con frecuencia, lo que sucede normalmente), que implica poner a cargo de quienes lo sufren aquel daño que se produce como consecuencia de los riesgos generales de la vida inherentes al comportamiento humano en la generalidad de los casos, debiendo soportar los pequeños riesgos que una eventual falta de cuidado y atención comporta en la deambulación por lugares de paso".

Es también necesario que la reclamación se lleve a efecto dentro del año siguiente al que se ha producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo, conforme a lo que establece el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. La jurisprudencia a que se ha hecho referencia exige, para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de la Administración, una relación directa, inmediata y exclusiva de causa o efecto entre la lesión patrimonial y el funcionamiento del servicio.

En el ámbito de las Administraciones locales, el art. 54 Ley 7/1985, dispone 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", texto que reitera el art. 223 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades Locales (RD 2568/86, de 28/Noviembre). Por otra parte, el art. 3.1º del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RD num.1372/1986, de 13/Junio), establece que: "Son bienes de uso público local los caminos, plazas, calles, paseos, parques, aguas de fuentes y estanques, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya

conservación y policía sean de la competencia de la entidad local". Y es incuestionable que los Municipios ostentan competencia en materia de pavimentación y mantenimiento de las vías públicas urbanas, tanto calzadas como aceras (arts. 25.1.D) y 26.1. A) Ley 7/85, o art. 21.1 Real Decreto Legislativo 1/92, de 26 de junio), al objeto de garantizar unas objetivas condiciones de seguridad para el tránsito de vehículos y seguridad para el tránsito de las personas.

Ahora bien, ese deber de seguridad y vigilancia no puede extenderse más allá de los eventos que sean razonablemente previsibles en el desarrollo del servicio, y esta previsibilidad razonable no es de términos medios sino mínimos. No rige, aquí, el aseguramiento universal.

TERCERO. — *En cuanto al fondo. Resolución de la controversia.*

Dado que no es discutida la realidad del siniestro, la litis se ciñe a tres concretos puntos:

- a) Si el Ayuntamiento debe responder o no de los daños causados.
- b) La cuantía a indemnizar.
- c) La existencia de fuerza mayor.

En cuanto a lo primero. Acerca de la responsabilidad del Ayuntamiento.

El artículo 196 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, establece lo siguiente:

«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 en el contrato de obras, sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra el redactor del proyecto de acuerdo con lo establecido en el artículo 315, o en el contrato 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 este, oído el contratista, informe 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 aquellos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto».

Por otra parte, el art. 32.9 de la L. 40/2015, de 1 de octubre, dice 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»*

Llegados a este punto, cabe afirmar que hay varias posiciones jurisprudenciales sobre el particular. La Sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 1 de Toledo, de 11 de julio de 2019, las resume del modo siguiente:

«3.3.1 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 .

3.3.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 LBRL 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».

Partiendo por tanto de que estamos ante una obligación alternativa (responde la Administración o el contratista), y no solidaria o acumulativa, del régimen expuesto, y del título de imputación que sirve de argumento a la reclamación (causa de pedir), este juzgador se inclina por seguir la primera de las posiciones jurisprudenciales expuestas, concordando con ello que 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, 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; todo ello sin perjuicio de las legítimas reclamaciones que pudieran entablarse en el seno del contrato de concesión de servicios».

Por consiguiente, expuesto cuanto antecede, se comparte con la actora que el Ayuntamiento, frente a terceros, y en cuanto titular de la obra, es responsable de los daños causados. Y en correspondencia con ello, deberá asumir el pago de la cantidad que se determine, sin perjuicio de las deducciones que procedan en la relación interna conforme a la responsabilidad asumida por la contratista.

En cuanto a lo segundo. Cantidad que indemnizar.

No se ha discutido el informe pericial aportado a los autos por la parte actora, y por ello debe entenderse ajustada la cantidad a indemnizar fijada en el mismo por los daños causados, que asciende a la suma de 1.808,34 euros.

En cuanto a lo tercero. La existencia de fuerza mayor.

Sobre este punto, la jurisprudencia ha señalado reiteradamente, después de distinguir entre los supuestos de caso fortuito y de fuerza mayor, que solamente excluyen la responsabilidad patrimonial estos últimos y no los primeros (SSTS de 15 Feb. 1968, 14 Oct. 1969, 28 Ene. 1972, 2 Feb. 1980, 20 Sep. y 14 Dic. 1983, 20 Sep. 1985 y 11 Abr. 1986 y 15 Dic. 1986), correspondiendo la carga de la prueba, cuando alegue su existencia como causa de exoneración, a la Administración, de conformidad con las reglas generales de la carga de la prueba (entre otras muchas, STS, Sala 3ª, de 6 de abril de 1999, con cita de sus anteriores STS de 21 de marzo, de 23 de mayo, de 10 de octubre, y de 25 de noviembre de 1995, de 25 de noviembre y de 2 de diciembre de 1996, de 16 de noviembre, de 20 de febrero y de 13 de marzo de 1999, y por más reciente STS, Sala 3ª, Sección 6ª, de 21 de marzo de 2007).

Según la doctrina jurisprudencial referida, por fuerza mayor debe entenderse aquellos acontecimientos realmente insólitos y extraños al campo normal de previsiones típicas de cada actividad o servicio, según su naturaleza, y por caso fortuito, los acontecimientos o hechos imprevisibles pero insertos en el funcionamiento interno de cada actividad o servicio, según su naturaleza. Son constitutivos de fuerza mayor los acontecimientos imprevisibles e inevitables caso de ser previstos, que excedan de los riesgos propios de la empresa, esto es de los derivados de la propia naturaleza de los servicios públicos (STS de 2-4-85) o los acontecimientos realmente insólitos y extraños al campo normal de las previsiones típicas de cada actividad o servicio, según su propia naturaleza (STS de 4-2-83). Estos últimos que integran el caso fortuito no son obstáculo a la declaración de responsabilidad pese a ser independientes del actuar del órgano administrativo e incluso de la posibilidad de evitar los efectos dañinos aun empleando la máxima diligencia (STS de 9-5-78).

Es evidente por tanto que la jurisprudencia distingue entre ambas figuras según la nota de exterioridad o interioridad del hecho dañoso. La fuerza mayor es una causa no solo irresistible, sino sobre todo extraña y ajena al funcionamiento del servicio. Un acontecimiento exterior o inesperado, imprevisible o irresistible (SSTS 16-11-74 y 3-11-75); acontecimiento que aparte de ser ordinariamente imprevisible y siempre inevitable, excede de los riesgos propios de la empresa (STS de 12-3-84); suceso que está fuera del círculo de actuación obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable (STS de 3-11-88). Por su parte el caso fortuito es de hecho imprevisible o indeterminable, pero interno al funcionamiento del servicio, conectado a sus propios elementos intrínsecos: aquellos eventos intrínsecos, ínsitos en el funcionamiento de los servicios públicos del Ayuntamiento".

Descendiendo al supuesto que nos ocupa, la parte actora ha aportado información meteorológica donde se pone de manifiesto que en la fecha en que tuvo lugar el siniestro no llovió nada en la localidad de Mahón.

Todos los razonamientos anteriores conducen a la estimación del recurso.

CUARTO. -Intereses.

La cantidad establecida devengará intereses legales desde la fecha de reclamación en vía administrativa hasta la de notificación de esta sentencia, por imperativo del artículo 34.3 de la Ley 40/2015. A partir de esa fecha, se devengará, en su caso, el interés legal, de conformidad con lo establecido en el artículo 106.2 LJCA.

QUINTO. - Costas.

Dada la naturaleza de las cuestiones en litigio, la ausencia de mala fe en las partes litigantes, y la existencia de pronunciamientos judiciales dispares en proceso como el presente, es por lo que, de conformidad con el artículo 139 de la LJCA, no ha lugar a la imposición de costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimo el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador D. José Luis Sastre Santandreu, en nombre y representación de D^a [REDACTED] [REDACTED] frente al AJUNTAMENT DE MAÓ, contra la desestimación presunta por silencio administrativo efectuada por el ayuntamiento de Mahón de la reclamación de fecha 20.03.18; y, en consecuencia, declaro la obligación del Consistorio de indemnizar a D^a [REDACTED] en la cantidad de MIL OCHOCIENTOS OCHO EUROS CON TREINTA Y CUATRO CENTIMOS (1.808'34.- €), más los intereses legales devengados.

Sin imposición de costas.

Notifíquese a las partes haciéndoles saber que contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Llévese testimonio a los autos y archívese el original, devolviéndose el expediente a su lugar de origen.

Así por esta mi Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada 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 tutelar 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.