

## JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2

### CIUDAD REAL

SENTENCIA: 00203/2019

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Modelo: N11600  
C/ERAS DEL CERRILLO, S/N 13071 CIUDAD REAL  
Teléfono: 926 278885 Fax: 926278918  
Correo electrónico:

Equipo/usuario: E02

N.I.G: 13034 45 3 2018 0000304

Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000147 /2018 /

Sobre: ADMINISTRACION LOCAL

De D/D<sup>a</sup>:

Abogado: JOSE LUIS MARTIN MONROY

Procurador D./D<sup>a</sup>:

Contra D./D<sup>a</sup> AYUNTAMIENTO DE CIUDAD REAL, EMUSVI , EGISSE, SERVICIOS DE ASISTENCIA, ANDREI ILLOZAN, VALENCIA LUSO IBERICA

Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO, JOSE GONZALEZ-ALBO MORALES

Procurador D./D<sup>a</sup> CARMELO ESTEBAN HINOJOSAS SANZ ,

### SENTENCIA

En Ciudad Real, a 9 de Octubre de 2019.

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) D<sup>ña</sup>. , debidamente representada y asistida por D. JOSÉ LUIS MARTÍN MONROY como parte demandante.
- II) AYUNTAMIENTO DE CIUDAD REAL, debidamente representado y asistido por D<sup>ña</sup>. MARÍA MORENO ORTEGA como parte demandada.
- III) EMPRESA MUNICIPAL DEL SUELO Y LA VIVIENDA DE CIUDAD REAL, representada y asistida por D. JOSÉ GONZÁLEZ ALBO MORALES como parte demandada.
- IV) D. ANDREI ILLOZAN representado y asistido por D. JESÚS ARANDA ARANDA como codemandado.
- V) EGISSE S.L. que no ha comparecido, pese a ser emplazado de manera personal en la persona de su administrador concursal.

Ello con base en los siguientes

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Que mediante escrito de fecha de entrada de 15 de Mayo de 2018 se recibió demanda presentado por el referido demandante frente a *la resolución de fecha 1 de Marzo de 2018 dictada por el Ayuntamiento de Ciudad Real en el expediente de reclamación patrimonial nº 57/2017.*

En el suplico de su demanda se solicitaba que se dicte en su día, previos los trámites legales, *se ntencia por la que se reconozca a m i m andante D<sup>a</sup> el derecho de ser indemnizada, y condena a las demandadas abonar la suma de dieciséis mil ochocientos treinta y cuatro con sesenta y dos céntimos de euro (16.834,62 €), más los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, y a las costas del juicio.*

**SEGUNDO.-** Que dicha demanda fue admitida a trámite conforme a lo dispuesto en el art. 78.3 LJCA mediante decreto del Secretario del Juzgado, señalando en el mismo para la celebración de la vista en fecha de 12 de Marzo de 2019 y acordando requerir el procedimiento administrativo a la administración demandada, que fue aportado a los autos con la debida antelación y forma.

**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, así como la que constaba en el expediente administrativo remitido y la testifical de

y

**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.

**QUINTO.-** Que atendidas las alegaciones sobre los defectos de notificación a la mercantil Egisse de la existencia del procedimiento, consta notificada la providencia que acordaba tal notificación y daba noticia de la existencia del procedimiento en fecha de 5/9/2019 a efectos de subsanar las deficiencias apreciadas, no habiendo comparecido ni alegado según consta en el expediente electrónico de este juzgado.

A estos antecedentes les son de aplicación los siguientes

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PREVIO.- Sobre los emplazamientos a Egisse.**

Atendido el art. 50.4 de la Ley concursal dice que *Los jueces o tribunales de los órdenes contencioso-administrativo, social o penal ante los que se ejerciten, con posterioridad a la declaración del concurso, acciones que pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor en plaza a la administración concursal y la tendrán como parte en defensa de la masa, si se personase.*

Pues bien, si bien es cierto que en un primer momento se trató con la administración de la empresa y fue con la que se entendió la obligación de emplazar. La administración de la mercantil concursada tiene obligación de colaborar con la administración concursal (art. 42 LC) y, por tanto, de comunicar tal emplazamiento a la administración concursal. Es decir, la empresa ha tenido conocimiento desde el principio de este procedimiento frente a ella.

Dicho lo anterior, y desconociendo en este juzgado (porque la propia mercantil nada dijo) la situación de concurso, el óbice fue subsanado mediante exhorto dirigido por este juzgado al juzgado mercantil de Córdoba (a sus servicios comunes) en el que se la emplazó de manera personal a la administración concursal sin que la misma se haya personado en el plazo legalmente conferido para ello y hasta el día de la fecha.

Por tanto, si bien es cierto que se ha producido un retraso en los emplazamientos de la administración concursal, que no de la comunicación a la demanda, la falta de contestación o actividad alguna hace que carezca de relevancia efectiva dicho retraso, pues el art. 50.4 LC no impone la obligación de comparecer, sino una carga de comparecencia y una facultad de la administración concursal que podrá o no utilizar, siendo que no la ha utilizado.

Siendo únicamente esta empresa la legitimada para sostener tal nulidad no procede apreciarla y procede convalidar las actuaciones conforme al art. 243.2 LOPJ, pues la consecuencia del retraso de los emplazamientos a la administración concursal no ha impedido a la misma tener conocimiento de este procedimiento y de poder instar la retroacción que no ha interesado, siendo que además desde el principio tuvo conocimiento la empresa del presente procedimiento.

### **PRIMERO.- De las alegaciones de las partes.**

**1.1º.- La demanda.** Sostiene la demandante que el día 23 de Agosto de 2015, previo pago del ticket, mi representada procedió a entrar junto con otros familiares al Complejo Deportivo de "Playas del Vicario" de Ciudad Real, cuya explotación tenía cedida la Empresa Municipal de Urbanismo, Suelo y Vivienda de Ciudad Real (EMUSVI) a la entidad EGISSE, Servicios de Asistencia, S.L., y cuyas instalaciones son titularidad del Ayuntamiento de Ciudad Real. En el borde de la piscina tenían

instalado un tobogán hinchable al que tras acceder por una escalera de cuerdas desde el suelo los usuarios se deslizaban hasta caer en la piscina. Aquel día la Sra.

intentó hacer uso de la atracción de tal forma que accedió a subir a la misma, y cuando se encontraba en la parte de arriba para deslizarse, el hinchable cedió en su consistencia, se hundió, lo que hizo que perdiera el equilibrio y cayó por uno de los lados al suelo desde una altura aproximada de dos metros, que tampoco estaba protegido para las posibles caídas. En la caída sufrió lesiones El tiempo de tratamiento y/o curación estabilización de las lesiones ha sido de 102 días, 1de hospitalización y 101 impeditivos Y las lesiones le ha dejado con el siguiente cuadro de secuelas:-Limitación flexión de codo izquierdo (2ptos.)-Limitación de movilidad de la muñeca izquierda (1 pot.)-Limitación de movilidad de la muñeca derecha(flex (3 pto.) Ext (3). Incl. Radial (1). Inclinación cubital (1). Asciede el valor de la indemnización, siguiendo los criterios de baremación para accidentes de tráfico, conforme a los días y secuelas declaradas la cantidad de 16.834,62 €.

**1.2º.- La contestación del ayuntamiento.** Considera que la responsabilidad es de Egissa y de Illorzan por ser los titulares de la explotación y de efectos. Nadie ha sido recurrido por haberla sido recurrido. El resto de partes asumen la responsabilidad que se declara. Entienden que la resolución es correcta y ajustada a derecho, porque le corresponde a la administración determinar la responsabilidad y a quien les corresponde.

**1.3º.- La contestación de Emusvi.** Falta de legitimación pasiva ad causam. El titular del recinto de la playa del vicario es el ayuntamiento de Ciudad Real. La empresa concesionaria es Egisse S.L. y posteriormente fue Fragoso Motos. Emusvi es una empresa pública del ayuntamiento. Es una encomienda de gestión lo que hay. El Emusvi cedió los trabajos de explotación mediante gestión directa. Fue beneficiaria de la explotación. Fue beneficiaria hasta que con fecha de 15 de Octubre de 2010 dicha explotación se la cedió a la empresa Egisse S.L. se pasó mediante esa cesión a una gestión indirecta. A partir de tal cesión no hay ninguna vinculación directa. No es la titular del servicio. No tiene ningún derecho ni obligación. No asume las consecuencias del funcionamiento, sino que deben ser asumidas por la empresa concesionario.

En cuanto a la decisión del asunto debe aplicarse el art. 214 RDLeg 3/2011 y por tanto la responsabilidad es del concesionario respecto de los daños y perjuicios que se tienen por concesión administrativas, a menos que haya una orden expresa del ayuntamiento ni se ha alegado por el demandante.

No se le ha dado trámite en el expediente en ningún momento. No ha tenido conocimiento de la misma hasta que se le ha entregado la demanda. Siempre ha actuado por delegación del ayuntamiento. Si se le avoca así ha actuado. No se le ha dado traslado como parte interesada.

**1.4º.- La contestación del sr. Illorzán.** Se ha observado una mala gestión de la empresa adjudicataria y la cuestión. Egisse sí que tiene una póliza de seguro. Tiene

una cláusula de organización de actividades en el medio natural. Debería de estar presente la aseguradora FIATC. Consta que estaba en vigor y tenía cubierto el riesgo. Existe un correo por parte del encargado y que en caso de un correo. Egisse se pasaría a hacerse correo.

En relación a la demanda y su fondo. En cuanto a los antecedentes de hecho, los mismos se produjeron el 23/8/2015 y se produjeron en un tobogán. En primer lugar el tobogán estaba asistido de un monitor. Cada cierto tiempo el tobogán debe ser hidratado. Se les dijo que no se subiesen hasta que se hidratase con una manguera. Posteriormente se hizo caso omiso por la demandante. Se subió e hizo un uso inadecuado. Se debe distinguir los tipos de actividades activas y pasivas. Por tanto controla la actuación. Se hizo que el tobogán se moviese un poco y fue lo que provocó la caída de la señora. Se produjo que la caída por uno de los lados del tobogán. Hubo un mal uso. Existía el tobogán que tiene unas escaleras para el acceso y que lo normal es que cuando se accede los usuarios se deslizan hasta la piscina. Subió y el tobogán que se utilizó el día en cuestión era un tobogán estático. En el momento en que se desliza ya no pierde aire. Es imposible que ocurriese lo que manifiesta la parte contraria. Además el tobogán se encuentra en la piscina. Es imposible que cayese por uno de los lados. Se trata de una actividad lúdica activa y en la que el usuario tiene una totalidad de control.

Sobre los daños y el informe pericial, se determina que tan sólo se habla de un traumatismo en el emicuerpo derecho. Es difícil que se haya dado en la parte izquierda. Sólo se impugna la secuela del antebrazo izquierda, pues consideran que debe ser 14.455,75 €.

Afirma igualmente que la gestión de declaración de siniestro no se ha hecho correctamente. El expediente administrativo determina que la empresa de zurich es una cuestión, no siendo zurich la que cubre el riesgo. Se remite el siniestro a Allianz, que es una póliza que cubre la responsabilidad civil inmobiliaria. Se exige un seguro que cubra las responsabilidades. En cuanto a la comisión de vigilancia existía la obligación. El art. 13 exigía formalizar una póliza y existe. Los puntos 5 y 6 no hay nada que objetar y se muestra el rechazo a las afirmaciones del ayuntamiento no se puede manifestar la misma. No se ha investigado con rigor la existencia del nexo causal. En el presente caso no se imputa una acción sino una omisión. Es más complejo, pues pueden aparecer circunstancias concomitantes como la causa adecuada.

El hinchable tenía la debida consistencia y no perdía aire en ningún momento. No es posible el incumplimiento de la norma europea que se cita sobre los requisitos de los equipos hinchables. En la norma aportada se establecen diferentes objetos, siendo dirigido a niños y por tanto no es aplicable para el agua ni para adultos.

## **SEGUNDO.- Expediente administrativo y prueba practicada.**

### **I.- Expediente administrativo.**

**2.1º.-** Se inicia el expediente remitido con una sentencia del Juzgado nº 1 de esta localidad de fecha de 27 de Abril de 2017 en la que se ordenaba la retroacción de las actuaciones a efectos de que se tramitara el correspondiente expediente de responsabilidad patrimonial.

**2.2º.-** En ejecución de dicha sentencia (y sin que conste impugnación por parte alguna ni en vía administrativa ni en vía judicial) se informa por los servicios jurídicos del ayuntamiento de Ciudad Real (f. 12) que se tramite conforme al art. 214.2 TRLCSP.

Constan las alegaciones de la empresa Fragoso Mato, declinando la responsabilidad de la misma.

Igualmente la copia de responsabilidad patrimonial de la empresa Luso Ibérica por la responsabilidad civil derivada de aquella.

**2.3º.-** Consta informe del patronato municipal de deportes a efectos de la mencionada responsabilidad. El mismo señala que era Egisse quien tenía encomendada la gestión de la referida piscina. Igualmente considera que no puede dar más información que la ya ofrecida anteriormente.

**2.4º.-** En el folio 31 y 32 del expediente se puede ver la petición de fecha de 10 de Septiembre de 2015 en la que la parte demandante solicita información sobre la póliza que cubra los daños en el lugar en que se produjeron y aporta diferente documental privada sobre la cuestión. Esta póliza es la que se remite con posterioridad, constando su remisión en los folios siguientes, siendo importante a tenor de las cuestiones planteadas lo que se especifica en el folio 68 que contiene el punto 8 de la mencionada póliza.

**2.5º.-** En los folios 92 a 96 consta la subrogación de la mercantil Fragoso Mato en la posición de Egisse, siendo que es aprobada por la Junta de Gobierno local por los motivos que en la misma constan y que tienen que ver con la sucesión de empresas y la escisión de la misma.

**2.6º.-** Tras ello consta la demanda judicial y el procedimiento del Juzgado número 1 cuya sentencia se ha aportado y analizado anteriormente. Consta el informe del perito médico sr. Reyero en los folios 129 a 131.

**2.7º.-** Consta la adjudicación del EMUSVI a Egisse del contrato sobre Pago del Vicario y el pliego de cláusulas de dicha adjudicación y contrato. Es importante señalar a estos efectos que entre los folios 151 y 153 consta el inventario de las instalaciones y no consta el elemento que produjo los daños a la hoy demandante.

**2.8º.-** Tras volver a aportar nuevamente la copia de la sentencia y de actuaciones que ya se incorporaban, consta al folio 197 y 198 la petición de prueba de la demandante en el expediente de responsabilidad patrimonial y la aportación (f. 202) del cuadro de valoración de los daños personales sufridos en estos hechos. Consta nuevo escrito a los folios 237 y 238 quejándose el hoy demandante de la falta de práctica de la prueba que en su día se propuso y reiterando su solicitud.

**2.9º.-** Entre los folios 243 y 248 consta la resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial, en el que tras hacer las consideraciones oportunas y

analizar los fundamentos jurídicos que determina la aplicación señala varias cuestiones:

- La consideración de acreditados de los daños y perjuicios sufridos por la demandante.
- La responsabilidad de la empresa Egisse y de Andrei Illorzan.
- La desestimación de la responsabilidad patrimonial del propio ayuntamiento.

## **II.- La prueba del proceso judicial.**

**2.10º.-** (testigo). Fueron a las playas del vicario y pagaron el tíquet. Se habían ofertado una serie de atracciones especiales. El tobogán era de color azul y con una pendiente en el asfalto. Se hacía un poco de cuesta y caía a la piscina. El borde estaba en el asfalto. Tenía dos metros de altura. La hermana hizo uso del tobogán. Se subió y con la mala suerte, al poner el pie cayó por un lateral al asfalto. Se hundió. Se perdió el equilibrio y ello fue lo que provocó la caída. Terminó mal. No tenía nada para evitar la caída. La adversa está sosteniendo que aquel día había dos hinchables parecidos y que en cada hinchable tenía un monitor específico. Ello no es cierto. Al rato llegó uno y con una manguera quitó la sangre. Eran los mismos socorristas de la piscina. Él no vio más que cuando llegó el botiquín. No se les advirtió. No les impidió nadie el acceso al tobogán. No se les advirtió. Había otro y lo vieron con el aire. No había allí ningún monitor para ponerlo bien. Llevaban dos nietos. Se habrían matado. Cae la hermana y la primera persona que llegó a asistirle es el hombre de la manguera y lo que hizo fue echarle agua a la sangre. Llegaron por lo menos tres coches. Se iba hinchando. No podía respirar. Es hermana de la misma. Sólo subió su hermana. Nadie subió. Nadie. Su hermana, se cayó y se acabó. Su hermana tiene 55 años. Tiene una altura de dos metros. Estaba tomando el control de la atracción.

**2.11º.-** (testigo). Tuvo conocimiento de un accidente. En ese momento se enteró que había una caída. No hay informe. No sabe que lo haya. Les puede decir que ese día había monitores controlando. Se les exige. Nunca podían dejar las mismas. Sólo estaban instalados en la misma. Estaban bien amarrados. Tendría que cotejar si hubo o no informe. Puede ser que sea ese el hinchable (doc. 9 de la prueba). El doc. 8 es la instalación de playas del vicario. Es ese tobogán.

Era trabajador de Egisse. No sabe cómo se llaman los monitores. En el caso que se hubiera de llamar. Le consta al mismo que se le impidiera el uso a la demandante. Tenían un papel que posteriormente se firma. Todos los monitores se les señala. Se le exige a la empresa que se les explique. A raíz de esto se hace un documento. Antes sólo se les explicaba.

**2.12º.-** (testigo). El día 23/8/2015 prestó servicios para el sr. Illorzán. Era fuera de la zona donde ocurrió el accidente. Estaba en otro hinchable. En el otro tobogán había otro monitor. En el tobogán suyo estaba encargado de que hubiera otro accidente. No se puede hacer mal uso del hinchable. Es un acuerdo

verbal. No pueden saltar hacia afuera. Dañar el hinchable, etc. Reconoce el doc. 9 como el hinchable. El doc. 8 son las instalaciones de playa del vicario. Es el hinchable de ese día. El doc. 12 es el uniforme de trabajo y aparece un monitor. —el hinchable puede perder aire por el uso. El tobogán está en el agua. Es un mal uso la única explicación.

El día ese no estaba en ese hinchable. No recuerda la persona que estaba en el otro hinchable. No vio la caída de la señora. Corrió a asistirle. Ya había la persona oportuna. Se subía al hinchable. Se sabe que se subía por los peldaños. Se debe coger y se queda agarrado. Tenía unas proyecciones a la hora de subir. Tenía barreras laterales. No sabe las fotos. Estuvo allí. Vio cómo se desarrolló el asunto. Se enteró del asunto posteriormente. Las lesiones las tenía en la barbilla. Hasta que no se acaba la jornada no se puede ir. Sólo un monitor en los hinchables.

**2.13º.-** (perito). Es compatible con el mecanismo de caída. Es un porrazo importante. Duda que el golpe fuera a la izquierda y los daños son en la derecha. Se ratifica. En el escafoide no se ratifica. El mayor es difícil verlo con la radiografía. Ha caído de boca y se apoya con la mano, el codo, el costado y el pie. Ha caído de cabeza y una forma. Ha apoyado lo que ha podido y ya está. Mantiene lesiones. Son compatibles con la caída descrita. El daño en el codo supone la limitación de movimientos de las muñecas rotando la misma.

**TERCERO.- Sobre la responsabilidad de la administración y los contratos de gestión de servicios públicos o (actualmente) de concesión de servicios.**

**3.1º.- Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas.** 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 éste 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: Prim ero, 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). Segund o, 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.

**3.2º.- Excepciones y matizaciones. Régimen específico de la responsabilidad en el marco de la contratación pública.** A ello cabe añadir que en atención a las específicas situaciones que se originan en el tráfico jurídico administrativo cabe añadir que pueden darse excepciones y matizaciones, como es el caso en el que se encuentra el demandante respecto de los contratos de concesión y que son objeto de específica regulación en el art. 214 RDLeg 3/2011 que señala que *1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros con o consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. 2. Cuando tales daños y perjuicios haya n sido ocasionados con o consecuencia inm ediate y dir ecta de u na orden de la Adm inistración, será és ta responsable dentro de los lím ites señalad os e n las Leyes . Tam bién será la Administración respo nsable de los da ños que se ca usen a terceros con o consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación. 3. Los ter ceros po drán requ erir previamente, dentro del año siguiente a l a producci ón del hec ho, al órg ano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de la s partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad int errumpe el pla zo de prescripci ón de l a acción. 4 . L a reclam ación de aquéllos se formulará, en todo caso, co nforme al procedim iento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.*

**3.3º.- Responsabilidad patrimonial de los particulares concurrentes con las administraciones públicas.** 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 l a respo nsabilidad pa trimonial de las Adm inistraciones pú blicas 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 pro ducción del d año hubieran concurrido sujetos privados, el dem andante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el int eresado accio ne directamente co ntra la ase guradora de l a Administración, junto a la Administración respectiva. También será competente este orden jurisdicci onal si las dem andas de r esponsabilidad pa trimonial se dir igen, además, co ntra las personas o e ntidades pú blicas o pri vadas indir ectamente responsables de aquéllas."*

El art. 2.º 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 a 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. 2.º, 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 concurre 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 ....”

El régimen general de responsabilidad de los particulares de derecho privado, el art. 1902 y concordantes del código civil. Este artículo 1902 Cc señala que *El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.* Este artículo consagra el sistema subjetivo o culpabilístico que rige en nuestro derecho en la materia de responsabilidad extracontractual en garantía del principio *neminem laedere*. Sin ánimo de exhaustividad la idea esencial de esta institución reside en la respuesta reparadora de un daño causado por aquel que en el ejercicio de sus actividades omite de manera negligente, aunque sin malicia, el cuidado o diligencia debida en el desarrollo de las mismas, originando con ello un menoscabo a un tercero.

Teniendo en cuenta la amplísima casuística que sobre esta acción existe en los tribunales, cabe mencionar de una manera genérica que los elementos de la responsabilidad extracontractual, tal y como señala entre otras (y por todas) la STS de 31 de Mayo de 2005 son “...la concurrencia de una acción u omisión objetivamente imputable al agente, la culpa o negligencia por parte de éste, la realidad del daño causado y el nexo o relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño causado. En cuanto a la necesidad de que se de un nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido, dice la sentencia de 30 de abril de

1998 , citada en la de 2 de marzo de 2001 , que " como ha declarado esta Sala (sentencia de 2 de febrero de 1946 y otras posteriores) en el nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño ha de hacerse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo; queda así expresado que la causalidad, como en el caso debatido, es más bien un problema de imputación; esto es que los daños y perjuicios deriven o fueren ocasionados por un acto u omisión imputable a quienes se exige indemnización por culpa o negligencia y que tales daños y perjuicios resulten consecuencia necesaria del acto u omisión de que se hacen dimanar". O siguiendo la citada sentencia "en todo caso es preciso que se pruebe la existencia de nexo causal, correspondiendo la carga de la prueba al perjudicado que ejercita la acción" (sentencia de 6 de noviembre de 2001, citada en la de 23 de diciembre de 2002.).

**3.4º.- La constitución de una sociedad mercantil pública (arts. 2.2.b LPAC, art. 85.ter LBRRL y arts. 111 y ss L. 40/2015) y la responsabilidad de la administración matriz.** Ciertamente la cuestión actual de la responsabilidad patrimonial es esencialmente casuística, pero en relación a la constitución de sociedades mercantiles públicas (en este caso locales, conforme al art. 85.2.A.d LBRRL) es una forma de gestión directa de los servicios, en este caso de la gestión directa de las instalaciones de la piscina de la Playa del Vicario. Es decir es una forma de gestión directa y no indirecta de tales instalaciones, lo que excluye la consideración el art. 214 TRLCSP en relación a las responsabilidades de la misma por parte del ayuntamiento o eludir la responsabilidad derivada de su gestión, más aún si lo que hay es una encomienda de gestión como se ha alegado por la entidad pública (art. 11 L 40/2015) que implica retener de una manera aún más clara la responsabilidad de ese servicio, sin perjuicio de su derecho de repetición.

La STS, secc. 6ª, de 22 de Diciembre de 2014 determina claramente que la huida del derecho administrativo no puede servir para exonerar a la administración de sus responsabilidades, pues aunque la eficiencia y agilidad de la nueva entidad permite una flexibilidad administrativa, no lo es a efectos del art. 106.2 CE, pues esa persona interpuesta (a diferencia de los supuestos ordinarios del art. 214 RDLeg 3/2011) no elimina su responsabilidad directa en la prestación. La misma dice "La constitución de la sociedad anónima fue la fórmula adoptada para conseguir una mayor eficacia administrativa, pero no por ello permite eludir el régimen en específico de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en huida del derecho administrativo, y mucho menos tras las reformas normativas emprendidas por la Ley Orgánica 6/1998, modificativa del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial [LOPJ art. 9.4](#) , y por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, modificativa del artículo 2.e) de la Ley y Regula dora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa [LJCA art. 2.e](#) , que tratan de evitar lo que se conoce con el nombre de "peregrinaje jurisdiccional" .

La prestación del servicio de transporte de viajeros por las líneas del metro es, si n discusión, un servicio público que proporciona la Administración, con independencia

*de que lo facilite valiéndose de la creación, en aras de conseguir una mayor eficacia, de una sociedad anónima pública, cuyo capital y estructura responde a las características propias de los entes institucionales.*

*Pues bien, al ser en el momento de la prestación del servicio cuando se produce el accidente que origina la reclamación y, precisamente, en las instalaciones o infraestructuras que la Administración ha dotado con el soporte necesario para prestar aquél en las condiciones de bidas, mal puede aceptarse como doctrina correcta la que se recoge en la resolución recurrida y que se asume en la sentencia de contraste, de biéndose a advertir que la producción del accidente en aquellas instalaciones e imputándose a un defectuoso estado de las mismas, impide en todo caso entender que los daños y perjuicios cuya reparación se reclama derivan de una relación de derecho privado, en cuanto las instalaciones o infraestructuras en los que se prestan los servicios públicos se integran en el significado propio de éstos.*

*Recordemos que el artículo 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre [LRJAP art. 2](#), bajo el epígrafe "Ámbito de aplicación", expresa en el apartado 1 que "Se entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones Públicas: a) La Administración General del Estado. b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas. c) Las Entidades que integran la Administración Local", y en el apartado 2 que "Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación".*

**3.5º.- Conclusión** es que el ayuntamiento será responsable si lo es Emusvi, pues su responsabilidad patrimonial en la gestión de servicios no puede ser eludida con la creación de una sociedad de gestión de estos servicios que siguen prestando en régimen de responsabilidad directa (art. 85.2.A.d LBRRL).

#### **CUARTO.- Sobre el resto de partícipes en los hechos.**

##### **4.1º.- Sobre la responsabilidad de Emusvi:**

I.- Hay que señalar que en el escrito de reclamación administrativa (que no se aporta por la administración en el expediente de manera completa, pero sí que consta una parte) sí que se le dirigió la acción frente a la misma (f. 109), así como de la documentación adjunta a la demanda.

II.- La misma no puede ignorar la reclamación, pues ha efectuado alegaciones en el procedimiento y conoce la demanda y la resolución, siendo que la misma no le impone ningún tipo de obligación. La empresa pública no puede desconocer la reclamación atendiendo los hechos que constan en el expediente, pues consta que participó e informó al demandante sobre los hechos y consta igualmente que se

presentó al ayuntamiento la misma. En cualquier caso no ha impugnado la resolución y ha tenido ocasión de ello. Igualmente sorprende que la empresa pública, propiedad del ayuntamiento, pretenda eludir su responsabilidad porque el ayuntamiento no le haya dado conocimiento en forma (tampoco ha impugnado la resolución posteriormente al tener ya conocimiento de la misma o ha pedido la retroacción para alegar) de la misma. Una cuestión es que se tenga por cierta la personalidad jurídica distinta y otra que exista una incomunicación absoluta entre ambas, siendo que además aquí en momento alguno se ha personado o ha pedido a esa administración (tras conocer la demanda judicial) que se retrotrayeran las actuaciones en forma, siendo que desde luego atendiendo a la reclamación no puede hablarse de desviación procesal.

En cualquier caso su actuación no está sujeta al requisito de reclamación previa, pues es una entidad que se sujeta al derecho privado y, por tanto, la cuestión es que los derechos propios de Emusvi frente a su administración matriz debería ejercerlos por ella misma, pero no oponerlos a quien reclamó frente al ayuntamiento y tiene el procedimiento frente a aquellas, no pudiendo tampoco eludir su posición por potenciales defectos en la tramitación de un procedimiento administrativo que conoce y no ha impugnado.

III.- La única responsabilidad que se imputa es por incumplir las obligaciones de policía que le corresponderían a la misma de conformidad a lo dispuesto en el art. 279.2 RDLeg 3/2011. Tal título de imputación no puede ser extendido a cualquier elemento de la explotación de un contrato, pues ello supondría sustituir la responsabilidad y su régimen de conformidad al art. 214.1 RDLeg 3/2011.

Hay que señalar que en poco o nada variaría si asumimos la aplicabilidad directa de este artículo, o bien no haciéndolo por ser un contrato privado (lo que pudiera ser discutible atendidos los hechos, la forma de otorgar a la misma la gestión y la situación de esta en el entramado administrativo y la jurisprudencia comunitaria, STJUE de 13 de Enero de 2005), el resultado no varía, pues el propio contrato reserva al Emusvi la misma posibilidad de control y policía sobre la buena marcha del contrato y, en todo caso, la facultad de control del cumplimiento del contrato, entre otras cosas de las obligaciones contraídas por el licitador, como es la de tener seguro para su actividad.

Aquí se trataría de una responsabilidad por omisión de la mencionada empresa pública y en relación a las responsabilidades por omisión hay que señalar que la misma se ha de apreciar de forma restrictiva, pues como dice la STS de 26 de Junio de 2012 que *En materia de responsabilidad patrimonial de la Administración es doctrina reiterada de esta Sala, recogida, entre otras, en sentencias de 16 de mayo de 2008, 27 de enero, 31 de marzo y 10 de noviembre de 2009, dictadas en los recursos de casación núm s. 79 53/2003, 592 1/2004 99 24/2004 y 2441/2005,*

*respectivamente, que la imprescindible relación de causalidad que debe existir entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo no opera del mismo modo en el supuesto de comportamiento activo que en el caso de comportamiento omisivo. Tratándose de una acción de la Administración, basta que la lesión sea lógicamente consecuencia de aquélla. En cambio, tratándose de una omisión, no es suficiente una pura conexión lógica para establecer la relación de causalidad: si así fuera, toda lesión acaecida sin que la Administración hubiera hecho nada por evitarla sería imputable a la propia Administración; pero el buen sentido indica que a la Administración sólo se le puede reprochar no haber intervenido si, dadas las circunstancias del caso concreto, estaba obligada a hacerlo. Ello conduce necesariamente a una conclusión: en el supuesto de comportamiento omisivo no basta que la intervención de la Administración hubiera impedido la lesión, pues esto conduciría a una ampliación irrazonablemente desmesurada de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Es necesario que haya algún otro dato en virtud del cual pueda objetivamente imputarse la lesión a dicho comportamiento omisivo de la Administración; y ese dato que permite hacer la imputación objetiva sólo puede ser la existencia de un deber jurídico de actuar".*

El art. 279.2 RDLeg 3/2011 o la previsión contractual que reserva al Emusvi el control y la vigilancia del contrato (cláusula 19ª), es referido a las condiciones de la concesión, para la buena marcha de los servicios que se trate. Es un poder de inspección general que no puede determinar la exigencia de una conducta tal que llegue a sustituir la responsabilidad del concesionario. La buena marcha se refiere a las condiciones del contrato, no a un uso incorrecto por parte del concesionario de las instalaciones o a la inspección técnica de los elementos en cuestión. Ello excede de las facultades de policía de la administración contratante.

IV.- La póliza de responsabilidad consta en el expediente administrativo, teniéndola concertada por Egisse con la empresa FIATC. La mencionada mercantil tenía una póliza de responsabilidad civil vigente hasta Noviembre de 2015 según consta en el expediente administrativo (f. 47 y siguientes, especialmente el folio 51 donde se puede ver que la póliza estaba vigente en el momento de producción de los hechos).

VI.- No puede asumir responsabilidad por la gestión que se hace de las actividades que se realicen o por el estado que en un momento dado pudiera tener un elemento vinculado no a la explotación del servicio, sino a una actividad complementaria realizada por el propio concesionario y a su cuenta y riesgo y que, además no estaba prohibida.

Las omisiones de la administración deben tener un nexo causal con el daño y ni contractualmente ni legalmente se puede extender la responsabilidad administrativa a la causa que originó el mismo que era el fallo en la presión del hinchable. Las actividades, que es cierto que no se comunicaron no estaban prohibidas,

lógicamente cumpliendo las medidas de seguridad. Las demás cuestiones sobre la vigilancia de la actividad del concesionario es cierto que están ahí, pero la causa del accidente es la deficiente instalación, funcionamiento o la deficiente vigilancia en un momento concreto, pues no se acredita que tal situación haya sido una cuestión prolongada en el tiempo o que haya dado pie a más recursos.

Para apreciar la responsabilidad en esta forma se exige que el nexo de causalidad se determine mediante la teoría de la causalidad adecuada. Así la STS de 28 de Noviembre de 1998 señala 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.

A este respecto debe seguirse la llamada teoría de la causalidad adecuada, expuesta en la STS de 28 de noviembre de 1998 del siguiente modo: *"El concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, se resiste a ser de finido a priori, con carácter general, puesto que cualquiera que sea el acontecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí ó dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal, reduciéndose el problema a fijar entonces que hecho ó condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final, y la doctrina administrativa, tratando de definir qué sea relación causal a los efectos de apreciar la existencia, ó no, de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, se inclina por la tesis de la causalidad adecuada que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que sólo en el primer caso, si el resultado se corresponde con la actuación que la originó, es adecuado a esta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente y exige un presupuesto, una "condictio sine qua non", esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados ó inidoneos y los absolutamente extraordinarios."*

**Conclusión** por tanto la existencia del control de los planes que señala el demandante, de la comisión de seguimiento o del resto de cuestiones que señala no hubiera evitado que el hinchable hubiera fallado aquel día, pues se reitera, la inspección técnica de estas instalaciones no es responsabilidad del ayuntamiento ni de la empresa municipal encargada de su gestión.

#### **4.2º.- Responsabilidad de Egissee y Andrei Illorzán:**

I.- Pues bien, en relación a la actuación de los sujetos privados que gestionan estos servicios hay que señalar que Egissee era la titular de la explotación y el sr. Andrei Illorzán del elemento hinchable.

II.- Respecto del sr. Illorzán es el titular del tobogán hinchable donde se produjeron los daños en cuestión. Su responsabilidad en los hechos, por tanto, se circunscriben a la relación que tuviera con Egissee de la cual nada se sabe. Sin embargo él mismo ha aportado la acreditación de que su actuación era la explotación del referido tobogán, pues así se desprende de los documentos que aporta en el que se dice por un trabajador que se dedicaba a la vigilancia y servicio de la instalación, lo que hace que deba responsabilizarse de la misma y de sus efectos.

III.- Sobre la responsabilidad de Egissee cabe señalar que la empresa sería responsable en cuanto a la contratación del sr. Illorzán. Es por tanto una responsabilidad "in vigilando". En este sentido la STS, Sala 1ª, de 3 de Abril de 2006 dice *"La responsabilidad por hecho de otro a que se refiere el artículo 1903.4º CC requiere, según reiterada jurisprudencia, la existencia de una relación jerárquica de dependencia entre el causante del daño y la empresa demandada, y a que dicha responsabilidad se funda en la existencia de culpa in eligendo [en la elección] o in vigilando [en la vigilancia] ( SSTS de 20 de diciembre de 1996, 20 de septiembre de 1997, 8 de mayo de 1999, 24 de junio de 2000 y 13 de mayo de 2005 , entre otras muchas), la cual, según la más moderna doctrina, es una responsabilidad directa que tiene como presupuesto la culpa in operando [en la actividad] por parte del causante del daño.*

*En los casos en los que la realización de la obra se encarga a un contratista, la jurisprudencia entiende que la responsabilidad corresponde exclusivamente a éste, como contratista independiente, siempre que dicho contrato no sea determinante de una relación de subordinación o dependencia entre la empresa promotora y el contratista (SSTS de 4 de enero de 1982 y 8 de mayo de 1999). Este concepto de dependencia, en contra de lo que parece defender la parte recurrente, no es de carácter estricto, ni se limita al ámbito jurídico -formal ni a las relaciones de naturaleza laboral, sino que requiere una interpretación amplia, en la que suele ser decisiva la apreciación de un elemento del control, vigilancia y dirección de las labores encargadas. No se considera, pues, contratista independiente, como ha subrayado la doctrina científica, a quien actúe formalmente como autónomo si, de*

hecho, es tá s ujeto al control del demandado o se encuentra in cardinado e n su organización.

*Cabe, pues, incorporar al vínculo de responsabilidad extracontractual a la empresa comitente en aquellos supuestos en los cuales se demuestre la existencia de culpa in eligendo o culpa in vigilando e n la se lección o r especto de la actuación d el contratista, cuya concurrencia depende, en el primer caso, de que las características de la empresa contratada para la realización de la obra no sean las adecuadas para las debidas garantías de seguridad, caso en el que podrá apreciarse la existencia de culpa in eligendo (que la más moderna doctrina y jurisprudencia consideran no como una responsabilidad por hecho de otro amparada en el artículo 1903 CC , sino como una responsabilidad derivada del artículo 1902 CC por incumplimiento del deber de diligencia en la sel ección d el con tratista: S TS de 1 8 d e julio de 20 05 ), o, en e l segundo caso, de que el contratista no actúe con carácter autónomo, sino sometido a la vigilancia, dirección o int ervención en su actividad por p arte de la em presa promotora, cas o en el que co ncurrirá culpa in vigila ndo si s e o miten las de bidas medidas de seguridad y, como consecuencia de ello, en virtud de la concurrencia de un nexo causal entre ambos elementos, se produce el resultado dañoso.*

*En resolución, y res pecto de este segundo caso, que interesa particularmente para examinar el motivo de casación planteado, como declaran las SSTS de 9 de julio de 1994, 11 de junio de 1998, 18 de marzo de 2000, 29 de septiembre de 2000 y 12 de marzo de 2001 , cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relaciones de subordinación entre ellas n o resulta aplicable el artículo 1903 CC , salvo en aquellos casos en los que el comitente se reserva funciones de vigilancia y de control. En estos casos, en efecto, se aprecia por la jurisprudencia que entre el contratista (o subcontratista) y su comitente ha existido dependencia, de forma que aquél no es autónomo cuando el dueño de la obra se ha reservado la vigilancia o la participación en los trabajos encargados al subcontratista (SSTS de 20 de diciembre de 1996, 25 de mayo de 1999, 12 de marzo de 2001, 16 de mayo de 2003, 22 de julio de 2003 , e ntre muchas otras). El fu ndamento de ello radica en que sólo debe entenderse ine xistente la relación de de pendencia cuan do el contratista es una empresa autónoma en su organiz ación y medios y asume de manera exclusiva sus propios riesgos.*

*Normalmente, la jurisprudencia -al margen de que pueda apreciarse la ya expresada responsabilidad dir ecta en el c aso de c ulpa in eli gendo- entiende que result a excluida la relación de dependencia, y con ello la responsabilidad por hecho de otro, cuando en el contrato celebrado entre el comitente y el con tratista se contie ne una cláusula en virtud de la cual es te último se hace c argo de la res ponsabilidad que puede dimanar de la causación d el eve nto dañoso. Así se deci de, e ntre las más recientes, en la STS 18 de julio de 2005, que cuenta con un importante antecedente en la STS d e 12 de marzo de 2 001, según la cual, si existe pacto por el cu al e l*

*contratista asume su responsabilidad civil, dicho acuerdo lo configura como entidad independiente, quedando exonerado de responsabilidad el comitente”.*

IV.- Sobre los hechos y las deficiencias hay que señalar que el mencionado tobogán hinchable perdió presión o no aguantó el peso de la misma y la mujer cayó desde una altura de dos metros. Ello es compatible con las lesiones según el perito y así lo ha declarado la testigo. No consta que hubiera prohibiciones de acceso a personas de mayor edad o peso que las propias de un niño, igual que tampoco hay prueba de un mal uso, y ello sería carga de quien lo sostenga. Por tanto sólo se puede determinar que el elemento en cuestión se hundió con la demandante arriba, lo que provoca que la misma caiga y se produzcan las lesiones.

En este sentido cabe señalar que en materia de atracciones hinchables la SAP de Valencia, secc. 7ª, de 19 de Octubre de 2005 ha hecho un resumen de doctrina de responsabilidad que señala que *“Esta conclusión no es si no reflejo de la doctrina sobre la materia que recoge la sentencia de 16-9-02 de la AP de Salamanca ( EDJ 2002/58503 ) que cita Ocaso S.A y que contempla un caso , similar al presente , de caída de un niña haciendo uso de un castillo hinchable , resolución que , confirma la desestimación de la demanda aún no habiendo instrucciones de uso del juego , la señalar : “... es precisa la existencia de una prueba determinante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo; y esta necesidad de una cumplida justificación no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetividad en la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba, aplicables en la interpretación de los artículos 1902 [CC art. 1902](#) y 1903 del Código Civil [CC art. 1903](#) EDL 1889/1q , pues “el cómo y el por qué se produjo el accidente” constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso ( SSTS. de 11 de marzo EDJ 1988/2050 y 17 de noviembre de 1988, 27 de octubre de 1990 [STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 27-10-1990](#) y 25 de febrero de 1992 EDJ 19 92/1780 ). En conclusión, pues, conforme a dicha doctrina jurisprudencial, la prueba del nexo de causalidad entre la conducta del agente y la producción del daño corresponde a la víctima, sin que sean admisibles las simples conjeturas o la mera existencia de datos fácticos que por una mera coincidencia induzcan a pensar en una posible interrelación de los acontecimientos que pueden concurrir en la producción de un resultado dañoso... Y tal doctrina se ha considerado igualmente de aplicación en los supuestos de accidentes ocasionados en los atractivos feriales y en la práctica de actividades deportivas... En este sentido ha venido a pronunciarse categóricamente el Tribunal Supremo, entre otras y más recientemente, en su sentencia de 8 de noviembre de 2000 EDJ 2000 /34448 , señalando que cuando el damnificado participa activamente en el evento, tal conducta exime de responsabilidad al organizador, salvo que se pruebe alguna culpa o negligencia de éste; por lo demás, e invocando las sentencias de 13 de febrero EDJ 1997/327 y 18 de junio de 1997 EDJ 1997/5422 , recuerda el Alto Tribunal que*

la aplicación de la teoría del riesgo creado o comporta o bjetivación de la responsabilidad en términos absolutos, para señalar que precisamente así ocurre cuando no se acredita ningún comportamiento imprudente de adverso, pues el riesgo inherente a la propia actividad es suficiente por sí solo para generar una responsabilidad aquiliana ( STS. de 3 de abril EDJ 1997/2365 y 17 de octubre de 1997 EDJ 1997/7803); y en términos similares se ha manifestado el Tribunal Supremo en supuestos de juegos o competiciones deportivas de riesgo (así la STS. de 22 de octubre de 1992 EDJ 1992/10329), insistiendo sobre la necesidad de que se creen riesgos que agraven los inherentes al uso de tales instalaciones o cualquier hecho análogo que permita fundar el reproche culpabilístico (SSTS. de 23 de febrero de 1995 EDJ 1995/911 y 2 de septiembre de 1997 EDJ 1997/5768 )... De la doctrina jurisprudencial expuesta se ha de concluir: 1º) Que en supuestos como el presente el solo riesgo inherente o derivado del uso normal en que la atracción consiste no es suficiente por sí solo para generar responsabilidad del dueño de la misma por los posibles accidentes en tal uso normal y adecuado puedan sufrir los participantes en ella, sin que pueda considerarse necesaria la existencia de cartel indicadores al respecto al ser perfectamente conocido su desarrollo; y 2º) Que para el nacimiento de tal responsabilidad es preciso acreditar, o cuando menos presumir sobre datos objetivos, bien la inadecuada instalación del artefacto, en forma tal que no ofrezca unas totales condiciones de seguridad, o bien un inadecuado uso de la atracción por parte de los participantes en ella por su número excesivo o forma de utilizarla, bien por permisión del dueño o encargado o por la falta de vigilancia por parte de los mismos...

Por tanto hay elementos objetivos que indican que el tobogán se hundió, cosa que nunca debió pasar y no consta ni que se advirtiera a la hoy demandante de que no podía subir ni de que se le advirtiera de una edad máxima.

**4.3º.- Conclusión** hay responsabilidad en los hechos de los demandados:

- De Andrei Illorzan, porque hay prueba suficiente para determinar el incorrecto estado o comportamiento de la instalación hinchable, atendida la declaración del testigo.
- De Egisse, pues se debía responsabilizar de la explotación del servicio de la piscina por contrato y por ley, asumiendo los daños que se puedan causar en el ejercicio de tal explotación que es responsabilidad del mismo.

Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de los derechos de repetición ante quien corresponda y por el procedimiento que corresponda.

**QUINTO.- Sobre la posibilidad de condena a los particulares con absolución de la administración.**

5.1º.- Ciertamente puede sorprender, a primera vista, el resultado dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, pues a la vez que se confirma la resolución, es decir, se desestima la pretensión revisora (art. 31.1 LJCA); se estima la pretensión de plena jurisdicción sobre los sujetos privados concurrentes, obteniéndose así un resultado propio más de los tribunales civiles que de los contenciosos administrativos (art. 31.2 LJCA), cuestión que entra dentro de la evolución de la LJCA hacia una mayor practicidad y la desaparición de la mera revisión como fundamento de la misma.

5.2º.- Tal posibilidad ha sido avalada de manera expresa por la STS, secc. 6ª, de 2 de Diciembre de 2010 que dice *“En definitiva, con la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003 LEY ORGÁNICA 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. se culmina un proceso de unificación en el orden contencioso-administrativo de toda reclamación que por responsabilidad patrimonial se dirige contra una Administración pública, incluso cuando actué en las relaciones de derecho privado y también cuando concorra con particulares, proceso que se inició ya en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 y la Ley de la Jurisdicción de 1956 Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se reiteró con la Ley 30/1992 y se ha culminado con la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y la Ley Orgánica del Poder Judicial tras la referida reforma del año 2003.*

**Nada impide, por lo demás, atendidos los términos de l art. 31. 2 de la Ley Jurisdiccional, que el demandante, con amparo en las normas reseñadas, ejercite una pretensión autónoma en relación con dichas partes codemandadas, ajena a la principal dirigida contra la Administración, pues el precepto indicado contempla la posibilidad de solicitar el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, solicitud que no tiene porque estar necesariamente vinculada a la pretensión principal de anulación del acto administrativo. Pretensión del demandante que necesariamente habrá de fundarse en las normas civiles reguladoras de la responsabilidad aquiliana pues el régimen jurídico aplicable a la Administración en materia de responsabilidad patrimonial (arts. 139 y ss de la Ley 30/1992) no es trasladable a los particulares.** También aquí es la propia ley la que, al permitir el ejercicio de pretensiones dirigidas contra particulares en el proceso contencioso-administrativo, está llamando a la aplicación de las normas civiles pues solo éstas pueden servir de fundamento a la pretensión.

Finalmente, tampoco se constituye en un obstáculo para el ejercicio de estas pretensiones en el proceso contencioso-administrativo, como pretende hacer el recurrente, ni el propio contenido exigido para la sentencia dictada por los tribunales

de lo contencioso ni el específico régimen de ejecución contemplado en la Ley Jurisdiccional.

El art. 68 de la Ley de la Jurisdicción Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa art. 68 contempla los pronunciamientos posibles del fallo (inadmisibilidad, estimación o desestimación del recurso), añadiendo el art. 71 que cuando fuere estimatorio de una pretensión de resarcir daños y perjuicios el fallo declarará, en todo caso, el derecho a la reparación, señalando, asimismo, quién viene obligado a indemnizar, pero sin exigir que necesariamente tenga que ser la Administración. Cabe, por tanto, un pronunciamiento absolutorio de la Administración al tiempo que se condena a un particular.

Finalmente, el específico régimen de ejecución contemplado en la Ley Jurisdiccional tampoco se constituye como inconveniente para la tesis que estamos sosteniendo pues en lo no previsto en dicho régimen se puede y se debe acudir a la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya aplicación supletoria viene ordenada con carácter general en la Disposición Final de la Ley de la Jurisdicción.

TERCERO.- Ciertamente es que la concurrencia de los particulares con la Administración en la producción del daño es el presupuesto habilitante para el conocimiento de estas pretensiones por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y que su presencia en el proceso se explica en la medida en que está presente la Administración. Sin embargo ello **no respalda necesariamente que cuando la Administración resulte excluida como responsable de la producción del daño por declararlo así el Tribunal, como aquí acontece, debemos entender que la habilitación desaparece y con ella la competencia para conocer de la pretensión ejercitada contra el particular causante del daño, obligando al perjudicado a acudir a la jurisdicción civil para que sea ésta, con su vis atractiva, la que lo resuelva, pues esta solución obligaría al perjudicado a entablar dos procesos distintos y sucesivos, uno inicial ante la jurisdicción contencioso-administrativa y otro posterior, por los mismos hechos, fundamentos y pretensiones, ante la jurisdicción civil, lo que pugna con elementales principios de economía procesal, con un lamentable regreso al peregrinaje jurisdiccional** cuya evitación ha motivado las sucesivas reformas realizadas y puede llegar a contravenir el derecho a la tutela judicial efectiva al imponer a dicho particular, que es quien ha sufrido los daños, unas cargas procesales excesivas e injustificadas, cuando, como hemos visto en el anterior fundamento, la Jurisdicción contencioso-administrativa tiene la habilitación y las herramientas precisas para dar respuesta a su pretensión, razones todas ellas que nos llevan a rechazar esta solución y a considerar correcta la realizada por el Tribunal de instancia.

## **SEXTO.- Cuantificación y carácter de la condena.**

**6.1º.-** Atendiendo a que sólo hay una pericial presentada y que el perito se ha ratificado en todo, no constando motivo para dudar de la imparcialidad del perito y de la corrección del informe que señala la misma, procede atender a la reclamación.

**6.2º.-** Al ser una condena “*in solidum*”, es decir, sin poderse escindir la parte de responsabilidad de unos de la de otros, procede condenar de manera solidaria al pago de las mismas, pues aquí se está haciendo responsable a la administración y su sociedad por un deber general del contrato que abarca toda la actuación contractual y no determinadas cuestiones separables. Ello claro está sin perjuicio de que se pueda reclamar en repetición.

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 les 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.

Es por ello que se estima esa forma de responder como la más adecuada y que, además era la que se estaba solicitando.

**6.3º.-** Al no existir ninguna aseguradora demandada tras la extinción y el desistimiento frente a la aseguradora del sr. Illorzan, no procede atender los intereses del art. 20 LCS, debiendo ser únicamente los intereses generales del sistema de responsabilidad patrimonial conforme al art. 141.3 LRJ- PAC

## **SEXTO.- Pronunciamientos, costas y recursos.**

**7.1º.-** Procede estimar el recurso contencioso administrativo en parte y así:

- Se desestiman las pretensiones ejercitadas frente a la administración y Emusvi.

- Se estiman las pretensiones frente a Egisse y Adrei Illorzan y por tanto se reconoce el derecho a que se le abonen las cantidades reconocidas en el fundamento de derecho anterior.

**7.2º.-** Procede imponer costas a los demandados condenados (art. 139.1 LJCA), si bien atendiendo la complejidad del asunto, las cuestiones de hecho y de derecho y las vicisitudes del pleito procede limitarla a un máximo de 1.500 € (Art. 139.4 LJCA) de máximo de los cuales habrán de responder de manera solidaria todos los demandados condenados sin perjuicio del derecho de repetir la parte que corresponda.

Se exime a la demandante del pago de costas de los demandados absueltos atendiendo a que es una cuestión compleja y que ha sido tramitada con confusión la causa, existiendo igualmente una dejación de funciones que, si bien impide la condena de las administraciones, deja igualmente a las claras una deficiente actuación de las mismas que justifica la exoneración.

**7.3º.-** La presente no es susceptible de recurso de apelación ni casación (Art. 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

**1º.- DESESTIMO el recurso contencioso administrativo frente al ayuntamiento de Ciudad Real y frente al EMUSVI.**

**2º.- RECONOZCO el derecho a ser indemnizado por los demandados Egisse y Andrei Illorzan, CONDENANDO, de manera solidaria, al pago de las cantidades reconocidas en el fundamento quinto.**

**3º.- Se imponen las costas de conformidad a lo dispuesto en el punto 7.2 de la presente sentencia.**

La presente resolución no es susceptible de recurso ordinario o extraordinario en vía jurisdiccional, sin perjuicio de cuantos otros considere oportunos la parte demandante.

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.



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.