



**JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 2 GIRONA (UPSD  
CONT.ADMINISTRATIVA 2)**

**PLAÇA DE JOSEP MARIA LIDÓN CORBÍ, 1**

**17001 GIRONA**

**972942539**

**Procedimiento abreviado : 29/2021**

**Sección: A**

**Parte actora : XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**

**Parte demandada : ZURICH y AJUNTAMENT DE CASTELLÓ D'EMPÚRIES**

### **SENTENCIA Nº 218/21**

En Girona, a 15 de noviembre de 2021

Vistos por mí, XXXXXXXXXXXXXXX Magistrada-Juez el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Girona y su Provincia, los presentes autos de Procedimiento Abreviado número 29/2021-A, en el que han sido partes, como demandante la mercantil XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. XXXXXXXXXXXXXXX y bajo la dirección letrada de Dña. XXXXXXXXXXXXXXX frente al **AYUNTAMIENTO DE CASTELLÓ D'EMPÚRIES** represando por la Procuradora de los Tribunales Dña. XXXXXXXXXXXXXXX y bajo la dirección letrada de D. XXXXXXXXXXXXXXX y actuando como codemandada la mercantil **ZURICH, S.A** representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. XXXXXXXXXXXXXXX, bajo la dirección letrada de D. XXXXXXX XXXXXXX; autos que versan sobre responsabilidad patrimonial conforme a los siguientes,

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la parte actora se interpuso recurso contencioso administrativo contra la desestimación por silencio administrativo de la reclamación por responsabilidad patrimonial efectuada el día 29 de abril de 2019.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se dio traslado al Ayuntamiento demandado reclamándole el correspondiente expediente administrativo con antelación suficiente a la celebración de la vista fijada para el 3 de noviembre de 2021.

**TERCERO.-** En el día y hora señalados asistieron las partes. La parte actora se ratificó en su escrito de demanda; la parte demandada contestó oponiéndose a la estimación del recurso.





Se recibió el pleito a prueba practicándose la que en el acto se admitió: a) actora: documental aportada al escrito de demanda; testificales de D. XXXXXXXXXXXX XXXXXXXX (constructor), D. XXXXXXXXXXXXXXXX (jardinero) y pericial de Dña. XXXX XXXXXXXXXXXXXXXX arquitecto técnico que formuló el informe pericial de fecha 13 de noviembre de 2018; b) parte demandada: documental obrante en el expediente administrativo y testificales de Dña. XXXXXXXXXXXXXXXX, gerente de la empresa que presta los servicios municipales de jardinería y testifical-pericial de D. XXXX XXXXXXXX arquitecto técnico del Ayuntamiento Castelló d'Empuries.

**CUARTO.-** Evacuadas conclusiones orales quedando los autos vistos para resolver.

**QUINTO.-** La cuantía del procedimiento se fija en **2.359'50 euros**.

**SEXTO.-** En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX se interpone recurso contencioso administrativo contra el Ayuntamiento de Castelló d'Empuries frente a la desestimación por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial hecha por la recurrente y cuya cuantía se cifra en 2.359'50 euros. La referida reclamación responde a la indemnización pagada a Don XXXXXXXXXXXX XXXXXXXX (en concepto de tomador de la póliza reale llar vacances/2ª residencia con Nº 8171600065670/1) consecuencia de los daños sufridos en el muro de la vivienda sita en la calle XXXXXXXXX de la marina residencial Empuriabrava. Por lo que la actora ejercita la acción de repetición conforme al artículo 43.1 de la Ley Contrato de Seguro de la indemnización que pagó en su día a su asegurado, contra el Consistorio demandado.

Manifiesta la recurrente que el siniestro objeto de la indemnización que se reclama en este procedimiento es responsabilidad del Ayuntamiento demandado, al entender que el consistorio municipal no fue diligente con la conservación de la acera y de los arbustos existentes en la acera municipal. Solicita el dictado de una sentencia estimatoria del recurso por la que se condene al Ayuntamiento al pago del principal reclamado, con más los intereses y las costas del procedimiento.

Los hechos indicados por la recurrente, relativos a los daños en el muro son: en fecha 17 de octubre de 2018 empezaron a manifestarse unos daños en la pared del muro perimetral de la vivienda sita en la calle XXXXXXXXX causados por las raíces de un arbusto exterior situado en la acera de viandantes, que no está pavimentada sino que está formada por árboles y césped. Dicho arbusto nació en el lado de la valla o muro de la referida vivienda y el Ayuntamiento, quien es el encargado de la poda y limpieza, dejó que el arbusto creciera hasta provocar con sus raíces los daños que se reclaman. En verano del año 2018 apareció una primera grieta que se





reparó. Progresivamente la grieta fue creciendo hasta que atravesó por completo el muro, desplazándolo unos milimetritos y provocando a causa del desplazamiento, que la puerta de entrada no pudiera cerrarse. Los daños definitivos son los que se constataron el día 17 de octubre de 2018. Arguye la recurrente que la grieta, que fue creciendo en dimensiones, coincide con la situación exacta del arbusto, entendiéndose evidente que fueron las raíces de dicho arbusto lo que provocó los daños.

El Ayuntamiento de Castelló d'Empúries se opone a la reclamación de la actora. Alega que no queda acreditada la relación de causalidad entre la existencia del arbusto y la fisura del muro, al entender que un muro cuya construcción data del año 1978, forzosamente debe presentar síntomas de deterioro. Esgrime que no consta que los trabajos se dirigieran a reparar la grieta, sino que se procedió a derribar el muro y construir un muro nuevo, incluyendo los portales, puerta y barandilla metálica. Es por ello que solicita la desestimación del recurso y subsidiariamente, para el caso que se entienda existencia de responsabilidad municipal, la cuantía máxima de que debe responder el consistorio es 200 euros relativos al importe máximo de reparación de la grieta. Importe el anterior, que se fija en base a un informe del arquitecto técnico municipal. En los mismos términos se manifiesta el letrado de la codemandada ZURICH, S.A, aseguradora del Ayuntamiento.

**SEGUNDO.-** Procede entrara a analizar las razones de fondo de la pretensión de la recurrente y a este respecto debe indicarse que la cuestión a dirimir en el presente caso es, prima facie, si atendiendo a la prueba practicada podemos concluir que los daños sufridos en el muro, cuya importe indemnizó XXXXX en base a la póliza que tenía contratada con el titular de la vivienda, Sr. XXXX, son reprochables a una acción u omisión de la administración, es decir si existe una relación de causalidad entre aquellos daños y la actuación de la Administración, y por otra parte el quantum de la indemnización que, en su caso, debe abonar la administración demandada.

**TERCERO.-** Para la adecuada resolución de las pretensiones cruzadas por las partes en el presente procedimiento se hace preciso en primer lugar centrar la atención en el marco normativo regulador del vigente sistema de responsabilidad patrimonial extracontractual establecido por nuestro Ordenamiento Jurídico en relación con las Administraciones Públicas. Y en segundo lugar, determinar la concurrencia o no en el caso examinado de los presupuestos o requisitos exigidos por nuestro Derecho para dar lugar a la expresa declaración de responsabilidad patrimonial a la vista de los hechos dimanantes de las actuaciones.

**CUARTO.-** En materia de responsabilidad patrimonial de la Administración debe partirse del artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público – en sintonía con el artículo 106.2 de la Constitución Española (CE), que dispone textualmente:





*" 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."*

**A su vez el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, 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."**

De acuerdo con el sistema normativo expuesto, y conforme viene estableciendo una reiterada y constante doctrina jurisprudencial en este orden jurisdiccional contencioso administrativo, los requisitos que deben necesariamente concurrir en el caso para el nacimiento efectivo del derecho a la indemnización resarcitoria por razón de responsabilidad patrimonial de la administración Pública son cf. STS de 6 de noviembre de 1998:

- 1- Que se aprecie una relación de causalidad entre la acción/omisión y el resultado lesivo. Nexo causal.
- 2- Que el daño sea antijurídico, o, lo que es lo mismo, que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportarlo; y ello supone, a su vez, que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público y que el ordenamiento no imponga al perjudicado expresamente el deber de soportar el daño.
- 3- Que el daño sea indemnizable: i) daño efectivo, nunca lesión potencial o futuro ii) evaluable económicamente; y iii) individualizable en relación a una persona o grupo de personas.
- 4- Ausencia de fuerza mayor.
- 5- Que la reclamación se efectúe en el plazo de un año, plazo legalmente establecido para la prescripción del derecho a reclamar, lo cual, no obstante no es propiamente un presupuesto de la responsabilidad administrativo sino del ejercicio de la acción para hacerla efectiva.





Dada la naturaleza objetiva de la responsabilidad, la normalidad o anormalidad en el funcionamiento del servicio público no será determinante del deber e indemnizar, a pesar de que el artículo 32 Ley 40/2015 contenga esta especificación, pues lo verdaderamente relevante será la producción del daño antijurídico, bastando para declarar la responsabilidad que como consecuencia directa del funcionamiento del servicio público se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

**QUINTO.-** Dice el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) sobre la carga de la prueba *"1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimarás las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.*

*2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición.*

*3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior."*

Este precepto fundamental en el ámbito de la valoración probatoria regula la institución de la **carga de la prueba**, esto es, el conjunto de reglas que fijan en cada caso quien debe probar los hechos dudosos y por tanto a quien debe perjudicar o quien debe sufrir la falta de dicha prueba. Asimismo, la regla general de la carga probatoria (LEC 212.2) puede resultar enervada por la aplicación de lo dispuesto en el punto 6 de la misma norma, en el sentido de que el correcto desarrollo del litigio debe conllevar una postura activa de las partes en orden a la defensa de sus pretensiones/resistencia procesales.

#### **SEXTO.- Valoración de la prueba.**

En el presente caso la actora acciona por repetición (cf. art.43.1 Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro) contra el Ayuntamiento de Castelló d'Empúries, por haber satisfecho a D. XXXXXXXXXX como asegurado de XXXXX la cuantía a 2359'50 euros por los daños que se ocasionaron en el muro de la vivienda propiedad del Sr. XXXXX

No es cuestión debatida la existencia de grietas en el muro de la vivienda de referencia, por lo que no se discute la existencia de los daños en el mismo.





La cuestión debatida entre las partes es la relativa a la causa de las grietas y desplazamiento milimétrico del muro y la cuantificación de la reparación de los mismos. Así mientras que la actora sostiene que los daños se provocaron por la existencia de las raíces de un arbusto que nació justo al lado de la valla perimetral de la vivienda asegurada (raíces que se adentraron por debajo del muro) y que el Ayuntamiento tenía el deber de arrancar, dentro de sus servicios de mantenimiento (limpieza y poda) de las aceras.

La parte demandada sostiene que tales raíces no tiene entidad suficientemente para causar dichos daños, siendo atribuibles estos a otras causas, como la falta de estabilidad del muro por la época de construcción ( data de 1978), la técnica del muro hecho de celosía así como la existencia de un poste telefónico que hay delante de la propiedad del Sr. XXXXX

En relación a la prueba practicada la parte recurrente ha aportado tres informes con las respectivas declaraciones testimoniales de los redactores de los mismos. Uno de ellos es el relativo al constructor Sr. XXXX que en su informe explica que fue requerido por el Sr. XXXXXX para proceder a una primera reparación de la grieta en agosto de 2018. En noviembre del mismo año la grieta había aparecido en el mismo sitio de la reparación, abriéndose de nuevo y con más anchura. En el informe -folio 11 EA- el constructor hace constar de manera literal *"Aquestes esquerdes són produïdes per les arrels d'una acàcia que ha crescut a tocar de la mateixa tanca, i l'esquerda de la paret s'ha fet just en el punt on hi creix l'acàcia. La solució a aquest problema és de treure l'arbre, amb totes les arrels i refer de nou la paret de tanca."* En la declaración el constructor explicó que el estado general del muro de celosía era bueno y que la valla estaba en buen estado si no hubiera sido por la existencia del referido arbusto. Que las raíces del referido arbusto, que se ubicaba en la parte de acera, empujaban hacia arriba, y acabaron por desplazar unos milímetros el muro dado que las raíces crecieron por debajo de la valla. Declaró desconocer quien había arrancado el arbusto y las raíces.

Consta en el folio 9 del EA, el informe redactado por el Sr. XXX jardinero que fue requerido por D. XXXXXXXXXXXXX para constatar el perjuicio que causaba la acacia (el referido arbusto) que nació espontáneamente al lado del muro de la vivienda referida, en la parte de acera. En su informe se lee *"Aquesta acàcia està causant problemes a la tanca que dona al carrer XXXXX perquè ha provocat esquerdes just en el lloc on hi creix l'acàcia. Aquestes esquerdes han hagut de ser reparades aquest estiu passat. Actualment hi ha una esquerda que impedeix que la porta del jardí tanqui correctament degut a l'amplada de l'esquerda."*

*Aquesta acàcia que ha sortit a la vorera ha de ser tallada juntament amb totes les arrels, per tal d'impedir que torni a créixer i atès que actualment està tocant la tanca de la casa, és molt possible que una vegada tretes les arrels, provoqui un dany irreparable als fonaments de la paret de la tanca de la casa, i per tal motiu s'hagi de*





*fer de nou, ja que les arrels són considerables. En conseqüència aconsello que es refaci de nou la paret de tanca en lloc de fer la reparació.*” Junto a este informe, se acompaña en folio 10 EA una fotografía ampliada en donde se puede observar, que el arbusto al que nos estamos refiriendo en todo momento (independientemente de su exacto nombre botánico) consta de un tronco principal y múltiples ramificaciones, y que las raíces que bajo tierra puedan existir del arbusto, se hallan en el exacto punto donde aparecen las grietas. El Sr. XXXX declaró que él, no arrancó ni el arbusto ni las raíces y que desconocía quien había hecho esta labor. Aseguró que dicha planta, causante de las grietas y daño en el muro, no podía provenir de la propiedad del Sr. XXXX sino que venía de la parte de la acera y que las raíces se habían adentrado en la propiedad del Sr. XXXXXX ocasionando los daños porque posiblemente dichas raíces buscaban el agua/humedad del césped del jardín del Sr. XXXXXX

Ha sido también practicada prueba pericial por la perito de seguros, arquitecto técnico Sra. XXXXXXXXXXXX quien compareció a la vista para ratificación y exposición de su informe – folios 3 y ss EA-. Aseguró que los daños en el muro estaban provocados por el arbusto que se encontraba en la acera municipal. Que la grieta que las raíces del arbusto habían provocado atravesaba el muro inferior por completo, desplazándolo unos milímetros. Dicho desplazamiento hizo que la puerta del jardín no cerrara. En su informe, hace constar que la celosía estaba en buen estado, aunque a raíz de la grieta, se ha abierto una junta entre las piezas en vertical siguiendo la grieta. En su deposición en el acto del juicio manifestó que el arbusto estaba partiendo el muro en dos. Declaró desconocer quien acabó arrancando el arbusto. Aseguró que los daños que las raíces habían producido en el muro, que lo habían desplazado unos milímetros, hacía inviable la mera reparación de la grieta. Que era necesario construir de nuevo toda la valla porque el muro ya había cedido. Preguntada por si creía que el daño en el muro era ocasionado solo por el arbusto o podían concurrir otras causas, como la existencia de un poste telefónico en la misma acera, aseguró que era debido solo a las raíces del arbusto. En su informe valora el coste de la reparación del daño en 1950 euros, en base a los precios de mercado.

También compareció a la vista como testigo Dña. XXXXXXXXXXXXX gerente de la empresa de jardinería municipal. De su declaración se extrajo básicamente que no constan en los registros de los servicios realizados en la acera donde se encontraba el arbusto que el mismo hubiera sido arrancado por los trabajadores de la empresa que hace el mantenimiento municipal de la jardinería. Explicó además que en la zona de Empuriabrava (donde se ubica la vivienda asegurada) hay vecinos que tiene cuidado ellos mismos de diferentes elementos florales decorativos y siendo esto una costumbre, hay algunos elementos vegetales que el Ayuntamiento no poda ni arranca nunca.





También fue oído el Sr. XXXXXX arquitecto técnico del Ayuntamiento, redactor del informe que obra en el folio 74 del EA (de fecha 9 de noviembre de 2020) que vino a exponer que las paredes de celosía de la zona, tienen una técnica constructiva muy inferior a las actuales vallas, lo que entiende puede explicar los daños del muro de la vivienda asegurada. En la línea de su informe, apuntó a que el coste estimado de reparar la grieta es de 200 euros y que no queda demostrado, por las fotografías obrantes en autos, que dichas raíces fueran la causa de la grieta y daños en el muro.

A la vista de toda la prueba, esta juzgadora entiende acreditado que los daños en el muro de la vivienda asegurada por XXXX se deben a las raíces del arbusto que aparece en las fotografías obrantes en los autos y al que se refieren como acacia, el jardinero y constructor en sus respectivos informes. Entiendo también acreditado que la titularidad del arbusto era municipal, y que el arbusto causante del daño no podía proceder de la finca privada. Así las cosas, el Ayuntamiento debió velar por una adecuada conservación de dicho arbusto, y es su inconveniencia comprobar si el arbolado municipal causa perjuicios en las propiedades privadas y si ello es así proceder a las actuaciones que sean precisas para la indemnidad de los elementos privados.

Oídos los dos arquitectos técnicos, los dos sostienen conclusiones dispares. Como regla general el dictamen pericial no es vinculante para el juez, pudiendo existir informes contradictorios. Ante informes periciales contradictorios o muy dispares es claro que los tribunales, por la propia índole y naturaleza de esta clase de pruebas, no deben entrar a revisar los criterios científicos, técnicos o prácticos de la pericia que hubieran dado lugar a la discrepancia surgida entre los peritos, sino que, para fundamentar su opción por aquel que les hubiera parecido más convincente, deberán acudir a otra clase de criterios externos al conocimiento especializado, tales como: la calificación de quien los presenta, el método observado, las condiciones de observación, la proximidad en el tiempo y el carácter detallado del dictamen. Por lo anterior RESUELVO que es más riguroso el dictamen que presenta la parte actora, dado que la perito estuvo en el lugar antes de que se arrancara el arbusto al que nos venimos refiriendo a lo largo de la presente sentencia y por tanto pudo, por ello, valorar efectivamente la incidencia del arbusto y sus raíces en la existencia de las grietas. A su vez pudo valorar de manera más rigurosa la viabilidad de una mera reparación de la grieta o la necesidad de levantar de nuevo la pared, previo derribo de la dañada por las raíces. Siendo la segunda opción, la de construir un nuevo muro, la única que la perito valoró como viable entendiéndolo como imposible la reparación del muro por los datos que expone en su informe.

Así, entiendo que se ha incumplido por parte del Ayuntamiento de Castelló d'Empúries el deber de mantenimiento, conservación, poda y limpieza de los elementos botánicos de carácter municipal, que corresponde al Ayuntamiento, sin





que pueda servir como exoneración a dicho deber el alegato que puso de manifiesto tanto el letrado del Ayuntamiento como la testigo gerente de la empresa de jardinería relativo a que en zonas como la que aquí se conoce (Empuriabrava) es costumbre que los vecinos cuiden los elementos florales decorativos, razón por la que algunos de estos elementos no se podan. Esta costumbre no ha quedado acreditada en modo alguno y en cualquier caso no exonera el deber de mantenimiento que tiene el Ayuntamiento respecto de las aceras y zonas municipales.

Por lo anterior el recurso se estima en su integridad.

**SEPTIMO.- Costas.** De conformidad con el artículo 139 LJCA, en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por autos recursos o incidentes que ante el mismo se promovieran, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas sus pretensiones, salvo que se aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

En el presente caso, ha sido preciso analizar las circunstancias del caso, así que no procede hacer pronunciamiento en cuanto a costas.

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

### FALLO

**ESTIMO** íntegramente el recurso interpuesto por XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX S.A contra Ayuntamiento de Castelló d'Empuries y la aseguradora XXXXX y consecuentemente **CONDENO** a los demandados a abonar a XXXXXXXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXXXXXX de forma solidara, la cantidad de 2.359'50 euros más los interese legales des de la fecha de la reclamación. Sin expresa condena en costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Así lo acuerda, manda y firma Dña. XXXXXXXXXXXXXXXX Magistrada Juez del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº2 de Girona; doy fe.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Magistrada-Juez en sustitución que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el día de la fecha, doy fe.

