



Roj: STSJ M 1520/2016 - ECLI:ES:TSJM:2016:1520
Id Cendoj: 28079330102016100062
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 10
Nº de Recurso: 622/2015
Nº de Resolución: 83/2016
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: MIGUEL ANGEL GARCIA ALONSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Décima C/ Génova, 10 , Planta 2 - 28004

33010330

NIG: 28.079.45.3-2011/0003087

Recurso de Apelación 622/2015

Recurrente : AYUNTAMIENTO DE **MOSTOLES**

PROCURADOR D./Dña. MONTSERRAT RODRIGUEZ RODRIGUEZ

ZURICH COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA

PROCURADOR D./Dña. MARIA ESTHER CENTOIRA PARRONDO

Recurrido : D./Dña. Epifanio , D./Dña. Erica y D./Dña. Margarita

PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO FERNANDEZ ROSA

EMPRESA CONSTRUCTORA FAMILIAR, S.A.U

LETRADO D./Dña. ANGEL JUAN MIRO MARTI, (Madrid)

MAPFRE SEGUROS GENERALES CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. y PRODITEC, S.A

PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO GARCIA CRESPO

SENTENCIA Nº 83/16

Presidente:

D./Dña. M^a DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS

Magistrados:

D./Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION

D./Dña. MIGUEL ANGEL GARCÍA ALONSO

D./Dña. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO

En Madrid a 18 de febrero de 2016.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, constituida en Sección por los Señores anotados al margen, los recursos de apelación tramitados con el número 622/2015 interpuestos por el ayuntamiento de **Móstoles**, representado por la procuradora doña Montserrat Rodríguez Rodríguez y por Zürich compañía de seguros y reaseguros SA contra la Sentencia de fecha 26 de febrero de 2015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 12 de Madrid, en el Procedimiento Ordinario número 21/11.

Siendo parte apeladas: doña Margarita , Epifanio y Erica representados por el/la procurador/a Don Francisco Fernández Rosa, y PRODITEC SA Y MAPFRE SEGUROS representados por el procurador don Francisco García Crespo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Notificada la Sentencia que ha quedado descrita en el encabezamiento de la presente resolución, se interpusieron recursos de apelación por la representación procesal de los recurrentes, en el plazo de los quince días siguientes, que fue admitido en ambos efectos por providencia en la que también se acordó dar traslado del mismo a las demás partes para que, en el plazo común de quince días, pudieran formalizar su oposición.

SEGUNDO.- Formuladas alegaciones por las partes apeladas, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo elevó los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a la Sala de lo Contencioso-administrativo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones se acordó dar a los autos el trámite previsto en los artículos 81 y siguientes de la Ley 29/1.998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; señalándose para la deliberación y fallo del presente recurso de apelación **el día 10 de febrero de 2015** , en cuyo acto tuvo lugar su celebración. Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. MIGUEL ANGEL GARCÍA ALONSO.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación contra la sentencia de fecha 26 de febrero de 2015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso- administrativo nº 12 de Madrid, en el Procedimiento Ordinario número 21/11. Esta sentencia estimó parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por doña Margarita , Epifanio y Erica contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada el día 18 de diciembre de 2009 como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos por doña Margarita por la caída de un árbol ocurrida el 2 de diciembre de 2005.

La sentencia estimó parcialmente el recurso contencioso administrativo y declaró la responsabilidad patrimonial exclusivamente del ayuntamiento de **Móstoles**, con condena al pago de la indemnización solicitada en la demanda, y "sin perjuicio de la acción de repetición que puede ejercer la administración demandada, respecto del resto de codemandados."

El ayuntamiento de **Móstoles** alega como motivos de apelación esencialmente que en la demanda de los recurrentes se solicitó la condena solidaria de todos los demandados por igual y se omitió en la sentencia tal declaración a pesar de que ese fue el argumento principal de la oposición municipal, que no se debatió sobre la responsabilidad de los contratistas.

En segundo lugar y de acuerdo con lo alegado por el segundo apelante Zúrich se opone a la sentencia de instancia alegando la ausencia de motivación con respecto a la indemnización solicitada, con dejación de la valoración de la prueba; alega que subsidiariamente el dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid establece una indemnización de 814.884,53 euros, de los que deben descontarse los 360.000 euros ya percibidos de las aseguradoras de las empresas privadas que fueron codemandadas.

Por su parte los damnificados doña Margarita y sus dos hijos se oponen a los recursos de apelación y oponen la adhesión alegando omisión respecto de la petición de condena de Zúrich a pagar los intereses del artículo 20.4 de la Ley 50/1980 .

Alega en segundo lugar infracción del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en cuanto que la sentencia estima la demanda formula contra el ayuntamiento de para concluir que no procede la imposición de costas.

Por su parte PRODITEC Y MAPFRE se oponen a los recursos de apelación que el ayuntamiento de solicita la condena solidaria de las otras partes que fueron demandadas y que la única posibilidad de modificarse la sentencia sería a instancia de la demandante mediante el planteamiento del oportuno recurso de apelación que n ha hecho , que por el contrario la actora se ha mostrado conforme con la sentencia y con la apreciación que ha hecho el juez de instancia de la existencia de la responsabilidad única de la recurrente.

SEGUNDO. - En primer lugar aunque la sentencia expresa que el acto administrativo impugnado es la propuesta de resolución, en realidad tal como se expresa en el escrito de recurso contencioso administrativo es la desestimación presunta de solicitud de responsabilidad patrimonial.

Alegó el ayuntamiento apelante que en la demanda se solicitó por la afectada la condena solidaria de todos los demandados por igual, pero ello se omitió en la sentencia "*a pesar de que ese fue el argumento principal de la oposición municipal*".

Entrando a conocer de la alegación efectuada por el ayuntamiento y examinados los datos obrantes, los testigos constataron que el árbol caído era de grandes dimensiones con una altura equivalente a un octavo piso, que estaba sin parterre, con las raíces totalmente al aire libre, sin ningún mecanismo de sujeción o apuntalamiento que impidiera su caída a la vía pública por donde caminaba la damnificada; se trataba de obra de remodelación de la acera donde se encontraba el árbol, el terreno es municipal. Que el ayuntamiento contrató la obra con dos empresas. Que una máquina retroexcavadora estuvo desbrozando el suelo alrededor de árbol; consta que además había otro árbol de similar tamaño, con las raíces al aire, si bien todavía de pie, que hubo de ser talado de urgencia ante el peligro de caída, *según la policía municipal*; que uno de los testigos declaró que la situación de peligro fue denunciada al ayuntamiento y como consecuencia un concejal acudió a la obra y tomó varias fotografías de la misma. Todo ello indica que si bien pudiera ser necesario esperar a la autorización de Comunidad de Madrid para talar los árboles, el ayuntamiento sí conocía la situación de inminente peligro y debió haber ordenado al contratista tomar las medidas necesarias para evitarlo: el enterramiento de las raíces, apuntalamiento etc; de tal modo que hay responsabilidad patrimonial del ayuntamiento por la omisión del deber de actuar para prevenir los daños.

Una vez declarada la responsabilidad de la administración municipal, procede desestimar la pretensión alegada por el ayuntamiento de en su recurso de apelación: el argumento principal del ayuntamiento de **Móstoles** en su contestación no fue que debía declararse la responsabilidad solidaria, sino que se debía declarar su falta total de responsabilidad al entender que ésta debía recaer sobre las otras empresas codemandadas. De ello se deduce que aceptado por los demandantes el fallo judicial que condenó únicamente al ayuntamiento de **Móstoles**, aquietándose por tanto a la falta de condena solidaria de las demás partes el ayuntamiento no tiene legitimación para subrogarse en la petición que realizó la damnificada.

Por tanto procede no acoger esta petición, debiéndose recordar en todo caso que el juez de instancia le deja a salvo la acción de repetición.

Tampoco procede estimar la adhesión de los demandantes: con anterioridad se recogió que éstos han aceptado el fallo judicial que condenó únicamente al ayuntamiento de **Móstoles**, aquietándose a la falta de condena solidaria de las demás partes en la instancia entre las que se encontraba Zúrich, por lo que no pueden solicitar ahora que esta aseguradora sea condenada al incremento del interés del 20 % solicitado. En todo caso no procedería la condena ya que consideramos que, en el presente caso, la intervención de la aseguradora no puede calificarse de dilatoria u obstructiva, sino que responde a la necesidad de determinar cuáles son los conceptos indemnizatorios. La cuestión de la aplicación de los intereses moratorios especiales previstos en la precitada norma ha sido examinada, entre otras, en la *sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2012*, en la que, con cita de la de 29 de marzo de 2011, se declaró que, a los efectos indicados, era preciso tener en cuenta "*la necesidad de valorar la posición de las partes y la razonabilidad de la oposición o del impago por parte de la compañía aseguradora, sentando la regla de que los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro se deben si no se encuentra una razón justificativa del impago de la indemnización por parte de la compañía aseguradora, y precisando que la norma se dirige a atajar el problema práctico de utilizar el proceso como maniobra para retrasar o dificultar el cumplimiento de la obligación de pago de la indemnización*".

En segundo lugar la sentencia de instancia no estimó totalmente sino parcialmente, es decir *no acogió todas las pretensiones de la damnificada* que se extendían a la condena de todos los demandados: el Art. 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, (en la nueva redacción dada a este artículo por art.3.11 de Ley 37/2011 de 10 octubre 2011, con vigencia desde el 31/10/2009, dispone con referencia a la condena en costas e **n primera o única instancia**, que el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, *impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones*, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

TERCERO.- Entrando a conocer de la cuantificación de la indemnización pretendida, efectivamente la sentencia no motiva en absoluto cuales son las razones por las que concede toda la cuantía solicitada en

la demanda, siendo así que procedía el examen pormenorizado a la vista de la valoración presentada por la demandante y por Zúrich .

Ello obliga a la Sala a entrar a conocer sobre ello partida por partida. En este supuesto debe tenerse en cuenta el gran periodo de tiempo transcurrido desde el accidente, en el que también influye la gravedad de los hechos. El baremo *tiene un carácter meramente orientador, no vinculante. En este sentido, entre otras muchas, la Sentencia de 9 de junio de 2009 (recurso de casación nº 1822/2005) dijo que " la utilización de algún baremo objetivo puede ser admisible, pero siempre y cuando se utilice con carácter orientativo y no vinculante, ya que debe precisarse y modularse al caso concreto en el que surge la responsabilidad patrimonial. La Sala, dado la discrepancia de baremo aplicado entre las partes, tendrá en cuenta el baremo correspondiente al año en que se interpuso el recurso contencioso administrativo, es decir el del año 2011 y la edad de la damnificada en el día de los hechos:*

3.1 Corresponde por 238 días de hospitalización y 421 días improductivos la cantidad de **39.447 euros**.

Por los 102 puntos de secuelas: **284.613 euros**.

Perjuicio estético, se aceptan los 30 puntos solicitados por la afectada: **83.710 euros**.

*La suma de estas cantidades se incrementará en el 10%, dado que su edad es inferior a los 65 años, aunque no acredite actividad laboral, todo lo cual supone la suma de **448.542 euros**.*

3.2.- Por la gran invalidez que es indubitada se acepta la cantidad solicitada de **344.633,51 euros**. No se admite el factor de corrección en cuanto que el baremo ya de por sí, la incluye dentro de la tabla de factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes. No puede admitirse la concurrencia conjunta de la gran invalidez con la incapacidad permanente absoluta, que se debe denegar, dado que el baremo lo regula como grados de incapacidad ascendente.

*Por daños morales complementarios a consecuencia de que una secuela excede de 75 puntos y las concurrentes superan los 90 puntos: **86.158,38 euros** . Sin el factor de corrección del 10 % pretendido dado que igualmente el baremo incluye este concepto dentro de los factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes.*

Se admiten los gastos de adecuación de la vivienda, dado que se han aportado facturas por importe de **12.113,53 euros**.

Sí se reconoce el concepto de gastos varios, acreditado por facturas aportadas por importe de 4.292 euros.

No se admite el lucro cesante en cuanto que no se acreditado actividad laboral de la damnificada. Tampoco el coste salarial por asistencia de tercera persona en cuanto que este concepto ya está incluido en la indemnización de gran invalidez.

Tampoco los gastos "previsibles " reclamados por fisioterapia y por apoyo psicológico, en cuanto que son imprevisibles y en todo caso debe entenderse que ya se ha compensado por la indemnización por daños morales.

Por último se ha de conceder la indemnización por perjuicios morales a familiares con respecto de los cuales adema son consta oposición específica de Zúrich. Por importe de **129.237 euros**, sin el factor de corrección por o ya declarado anteriormente (igualmente el baremo incluye este concepto dentro de los factores de corrección).

Todo ello totaliza la cantidad de **1.024.976 euros** a la que se debe restar la cantidad ya percibida de 360.000 euros , **resultando 664.976 euros, más los intereses legales desde la fecha de interposición del recurso contencioso administrativo.**

CUARTO.- Las costas procesales causadas en esta segunda instancia, a tenor de lo establecido en el art. 139.2 LJCA , no son de expresa imposición a la parte apelante.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, por la potestad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

ESTIMAMOS EN PARTE los recursos de apelación tramitados con el número 622/2015 interpuestos por el ayuntamiento de **Móstoles**, representado por la procuradora doña Montserrat Rodríguez Rodríguez y



por Zúrich compañía de seguros y reaseguros SA contra la Sentencia de fecha 26 de febrero de 2015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 12 de Madrid, en el Procedimiento Ordinario número 21/11, que se revoca en lo relacionado con la indemnización impuesta; en consecuencia declaramos que la cantidad que debe percibir los demandantes asciende a **664.976 euros, más los intereses legales desde la fecha de interposición del recurso contencioso administrativo.**

DESESTIMAMOS la adhesión planteada por doña Margarita , Epifanio y Erica .

Sin imposición de costas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes en legal forma, haciendo la indicación de que contra la misma cabe interponer recurso de casación de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 86.2.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio* , reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente, el Ilmo. Magistrado ponente, estando celebrando audiencia pública el , en el día. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ