



Roj: **STSJ M 14047/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:14047**

Id Cendoj: **28079330102015100767**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **10**

Fecha: **25/11/2015**

Nº de Recurso: **599/2015**

Nº de Resolución: **777/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA DEL CAMINO VAZQUEZ CASTELLANOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

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

33010280

NIG: 28.079.00.3-2013/0024906

Recurso de Apelación 599/2015

Recurrente : AYUNTAMIENTO DE MADRID

LETRADO DE CORPORACIÓN MUNICIPAL

Dña. Salvadora , D. Rosendo y Dña. Bibiana

PROCURADOR Dña. MARIA JESUS GONZALEZ DIEZ

ZURICH INSURANCE PLC.SUCURSAN EN ESPAÑA

PROCURADOR Dña. MARIA ESTHER CENTOIRA PARRONDO

Recurrido : AYUNTAMIENTO DE MADRID

LETRADO DE CORPORACIÓN MUNICIPAL

Dña. Salvadora , D. Rosendo y Dña. Bibiana

PROCURADOR Dña. MARIA JESUS GONZALEZ DIEZ

ZURICH INSURANCE PLC.SUCURSAN EN ESPAÑA

PROCURADOR Dña. MARIA ESTHER CENTOIRA PARRONDO.

SENTENCIA N° 777/2015

Presidente:

Dña. Mª DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS

Magistrados:

Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION

D. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO

Dña. Mª DEL MAR FERNÁNDEZ ROMO

En la Villa de Madrid, a 25 de noviembre de 2015.



VISTO por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid los recursos de apelación que con el número **599/2015** ante la misma penden de resolución y que han sido interpuestos:

- por la Procuradora doña **María Jesús González Díez** , en nombre y representación de doña Salvadora , don Rosendo , y, doña Bibiana ;
- por el Letrado del **AYUNTAMIENTO DE MADRID** , en representación del mismo; y,
- por la Procuradora doña **M^a Esther Centoira Parrondo** , en nombre y representación de la compañía aseguradora **ZURICH INSURANCE PCL SUCURSAL EN ESPAÑA**, contra la Sentencia de 31 de marzo de 2015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo número 14 de los de esta Villa, y en el Procedimiento Ordinario seguido ante el mismo con el número 487/13, por la que se estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Rosendo , doña Bibiana y doña Salvadora , contra la denegación presunta, por silencio administrativo del Ayuntamiento de Madrid, de la reclamación de responsabilidad patrimonial por ellos formulada por el fallecimiento de don Darío , hijo y hermano, respectivamente, de los citados, como consecuencia de su caída en el Parque del Oeste de Madrid, por un terraplén que no se encontraba vallado ni señalizado ocurrida el día 8 de julio de 2012.

El **AYUNTAMIENTO DE MADRID** y la **COMPAÑÍA ZURICH** se han personado como apeladas en el recurso de apelación interpuesto por doña Salvadora , don Rosendo y doña Bibiana .

Doña Salvadora , don Rosendo y doña Bibiana , se han personado como apeladas en los recursos de apelación interpuestos, respectivamente, por el Ayuntamiento de Madrid y la compañía Zúrich.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 31 de marzo de 2015, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 14 de los de esta Villa y en el Procedimiento Ordinario seguido ante el mismo con el número 487/2013, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva, literalmente transcrita, dice así:

"Que estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D^a Bibiana , D. Rosendo y D^a . Salvadora contra la desestimación presunta por silencio administrativo del ayuntamiento de Madrid de la reclamación de responsabilidad patrimonial, debemos anular y anulamos el acto recurrido por ser disconforme a derecho, reconociendo el derecho de los recurrente a percibir una indemnización por los daños y perjuicios causados por importe de 60.000 euros (SESENTA MIL EUROS) actualizada con el interés legal desde que se formuló la reclamación administrativa. Sin condena a las costas.

SEGUNDO.- Notificada que fue la anterior resolución a las partes, se interpusieron por el Ayuntamiento de Madrid, representado y asistido por el Letrado del citado Ayuntamiento de Madrid, por Zurich Insurance Pcl Sucursal en España representado por la Procuradora doña M^a Esther Centoira Parrondo y por doña Bibiana , don Rosendo y doña Salvadora representados por la Procuradora doña María Jesús González Díez respectivos recursos de apelación que, tras ser admitidos a trámite, se sustanciaron por sus prescripciones legales ante el Juzgado de que se viene haciendo mención y elevándose las actuaciones a esta Sala.

Se han opuesto a la apelación el Ayuntamiento de Madrid, representado y asistido por el Letrado del citado Ayuntamiento de Madrid, por Zurich Insurance Pcl Sucursal en España representado por la Procuradora doña M^a Esther Centoira Parrondo y doña Bibiana , don Rosendo y doña Salvadora representados por la Procuradora doña María Jesús González Díez.

TERCERO.- Recibidas que fueron las actuaciones en esta Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se acordó formar el presente rollo de apelación y dar a los autos el trámite previsto en los artículos 81 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; y se señaló para la votación y fallo del presente recurso de apelación la audiencia del día 11 de noviembre de 2015, fecha en la que tuvo lugar.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a . M^a DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso de apelación la Sentencia de 31 de marzo de 2015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 14 de los de esta Villa, y en el Procedimiento Ordinario seguido ante el mismo con el número 487/13, por la que se estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña Salvadora , don Rosendo y doña Bibiana , contra la desestimación



presunta, por silencio administrativo de la reclamación por ellos presentada al Ayuntamiento de Madrid, en concepto de responsabilidad patrimonial por el fallecimiento de don Darío , hermano e hijo, respectivamente, como consecuencia de haber caído el día 8 de julio de 2012 en el Parque del Oeste de Madrid, por un terraplén que no se encontraba vallado ni señalizado.

Frente a la citada Sentencia se alzan en esta instancia jurisdiccional mediante la interposición del recurso de apelación que analizamos:

- el AYUNTAMIENTO DE MADRID,
- ZURICH INSURANCE PCL SUCURSAL EN ESPAÑA
- doña Salvadora , don Rosendo y doña Bibiana .

Se han opuesto a los recursos de apelación interpuestos:

- el AYUNTAMIENTO DE MADRID.
- ZURICH INSURANCE PCL SUCURSAL EN ESPAÑA.
- doña Salvadora , don Rosendo y doña Bibiana .

SEGUNDO.- Doña Salvadora , don Rosendo y doña Bibiana , en apoyo de su pretensión revocatoria de la sentencia de instancia alegan, en esencia, que el ayuntamiento de Madrid ha incurrido en gravísimas omisiones e incumplimientos de indudable relevancia para la producción del accidente, que han sido puestos de relieve en la sentencia apelada tales como la absoluta insuficiencia del seto vegetal como elemento de protección, la inexistencia de cualquier señal de prohibición que advirtiese del peligro, el carácter insuficiente de la iluminación, el carácter extremadamente peligroso de la zona, peligro que se incrementaba al final del talud que finalizaba con un muro de 2 m de altura, lo descuidado de la zona, la intensa utilización de la zona y, en particular del talud, por gente joven; que si bien existía una escalera cercana ésta se encontraba a 150 metros y no se encontraba señalizada y no podía verse desde el lugar en el que se encontraban Darío y Luis Miguel ; que el peligro no podía haberse adivinado por quienes se encontraban en el lugar; que debe de considerarse que el precipicio tenía carácter imprevisible; que el lugar en el que ocurre el accidente es un espacio público en el que deberían de haberse adoptado medidas de seguridad; que la sentencia hace una indebida distribución de culpas en la producción del accidente, que debe ser atribuida íntegramente al ayuntamiento de Madrid, incluyendo los gastos del sepelio.

Tanto el ayuntamiento de Madrid como la compañía aseguradora se oponen al citado recurso de apelación alegando, en esencia, que la caída se debió a la culpa exclusiva de don Darío , y que no ha habido omisión alguna por parte del ayuntamiento de Madrid de las medidas de actuación que le resultaban exigibles en atención a la calificación y naturaleza del Parque del Oeste así como a la adecuada señalización, física y lumínica, del lugar; asimismo se insiste en la afirmación de que los jóvenes se percataron perfectamente de las características del lugar dado que según las declaraciones testificales incorporadas al expediente administrativo, iniciaron el descenso agachados y acuclillados.

TERCERO.- El Ayuntamiento de Madrid solicitó la revocación de la sentencia de instancia alegando, en esencia, que ha concurrido una doble imprudencia de la víctima, imprudencia que rompe todo nexo de causalidad siendo su comportamiento la única causa del accidente dado que abandonó de manera voluntaria el camino marcado y señalizado para salir del Parque del Oeste, atravesando un seto que separa la zona ajardinada del camino, descendiendo por un talud con el único propósito de llegar cuanto antes al vehículo que se encontraba estacionado en el aparcamiento de dicho parque; que la bajada por el citado lugar se realizó de manera imprudente, bajando deprisa, corriendo, y sin cuidado, a diferencia de su amigo Luis Miguel ; que así consta acreditado a través de las declaraciones testificales que obran en el expediente administrativo; que constan informes técnicos que sirven para acreditar que el accidente sufrido por Darío fue debido a su conducta imprudente, y, en concreto, el informe de fecha 12 de noviembre de 2013, de la Subdirección General de Zonas Verdes y Arbolado Urbano, obrante a los folios 361 a 365 del expediente administrativo; que no comparte la afirmación que se realiza en la sentencia de instancia referida a que no se agotaron las medidas de seguridad necesarias para evitar o disuadir el paso a las personas por la zona, así como que deberían de existir vallas o barandillas en la zona por donde el fallecido y su amigo atravesaron, porque la administración municipal ha cumplido con la normativa prevista para el Parque del Oeste habida cuenta de que: el camino de entrada y de salida se encuentra señalizado así como en buen estado de conservación y perfectamente iluminado, y porque la zona ajardinada que precede al talud se encuentra separada del camino peatonal por una valla de setos de 1,05 m de altura y 60 cm de anchura, tal y como se hace constar en el informe de 12 de noviembre de 2013; que la administración municipal no tiene la obligación de acotar la zona donde existe el seto, con vallas o barandillas como elementos de contención, tal y como explica el informe de 8 de noviembre de 2012,



emitido por la Sección de Policía Científica del ayuntamiento de Madrid, obrante a los folios 285 y siguientes del expediente administrativo, porque el lugar del accidente cumple con las medidas de seguridad que exige la normativa municipal: según el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997 tiene la consideración de Parque Histórico en el cual y, en tanto en cuanto no se haya fijado las normas a través del Plan Especial de Protección, Usos y Gestión, las únicas actuaciones permitidas son las de conservación de los jardines; que el Parque del Oeste está catalogado como Parque Histórico y carece de Plan Especial, y la Orden VIV 561/2010, de 1 de febrero, por la que se desarrolla el documento técnico de condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados, no es aplicable al Parque del Oeste hasta el 1 de enero de 2019.

Doña Salvadora , don Rosendo y doña Bibiana , se oponen a citado recurso de apelación y reiteraron, en esencia, las alegaciones realizadas con ocasión del recurso de apelación interpuesto afirmando que el ayuntamiento omitió elementales medidas de seguridad de un espacio público y que el riesgo era imprevisible para los jóvenes.

CUARTO.- La compañía aseguradora Zurich Insurance Pcl, Sucursal En España, alega como fundamento de su recurso de apelación, en síntesis, que la sentencia de instancia ha realizado una errónea valoración de la prueba teniendo cuenta que el Parque del Oeste es un Parque Histórico con Nivel de Protección 1, tal y como describe el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997; que no se ha redactado el correspondiente Plan Especial del Parque Histórico por lo que las actuaciones que se pueden realizar tienen carácter, rigurosamente, de conservación; que la sentencia de instancia no menciona esta especial situación que concurre en el Parque del Oeste al efecto de determinar la intervención en la configuración de los elementos de protección del parque, y la ausencia de Plan Especial habida cuenta de que el ayuntamiento está limitado en su actuación sobre el parque por las disposiciones del citado Plan General; que la Ordenanza General de Protección del Medio Ambiente no permite caminar por zonas ajardinadas acotadas; que en el caso analizado el accidentado accedió de manera indebida a una zona ajardinada donde no existía diferencia de cota pues se encontraban al mismo nivel, y que no existía obligación de colocación de barandillas, tal y como se señala en los informes técnicos sobre los espacios públicos organizados; que el seto separador no era insuficiente habiendo sido la voluntad del accidentado la que determinó que atravesará el mismo; que la zona está perfectamente delimitada y alumbrada de manera suficiente; que se reiteran las consideraciones que constan en la resolución 1038 de 2 de octubre de 2014, que obra al folio 474 del expediente administrativo; que la caída del accidentado se debió a su exclusiva imprudencia al bajar corriendo por un inclinado terraplén que provocó un accidente con un final desafortunado; que la sentencia de instancia incurre en una falta de motivación respecto a la cuantía de la condena dado que no se razona el por qué se parte de la cuantía señalada por los recurrentes de 200.000 euros.

Doña Salvadora , don Rosendo y doña Bibiana , se han opuesto al citado recurso de apelación reiterando las alegaciones por ellos formuladas con ocasión de su recurso de apelación.

QUINTO.- Para resolver el recurso de apelación que venimos analizando debemos de tener en cuenta lo razonado en la sentencia apelada, sentencia en la cual se expresa, en el cuarto de sus fundamentos de derecho, lo siguiente:

"... han de confrontarse así los criterios contrapuestos de las partes litigantes respecto a la concurrencia de los requisitos exigidos para la viabilidad de la acción ejercitada en demanda de responsabilidad patrimonial de la Administración demandada, en particular, la relación de causalidad entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público municipal y los daños ocasionados. En este sentido, la actividad probatoria realizada sobre este hecho y contenida en el expediente administrativo, cuyas actuaciones han sido incorporadas al presente procedimiento mediante la prueba documental aportada por las partes litigantes, y pericial practicada, ponen de manifiesto un hecho relevante: que para acceder al aparcamiento existe una escalera que desciende así del Parque del Oeste; escalera situada a 150 metros del talud por donde se precipitó la víctima. Por otra parte, el espacio ajardinado (en talud) se encuentra separado por un seto del camino peatonal que lleva a dicha escalera, y el seto tiene unas dimensiones de 1,05 metros de alto por 60 cm. de ancho.

La STS de 19 de junio de 2007 (rec no 1231/2003) con cita de otras muchas, advierte que "es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público". En el caso, se reconduce el debate, por tanto, a una posible exoneración de la responsabilidad de la Administración por la conducta exclusiva de la víctima. En este sentido, en un análisis del material probatorio de conformidad a las reglas de la sana crítica se revela así que la víctima y su acompañante en vez de buscar la escalera y el camino alumbrado que baja hasta el Paseo de la Rosaleda, decidieron adentrarse en el talud flanqueando un hueco del seto que lo delimitaba. Una conducta reprochable que pone claramente de manifiesto la falta de prudencia de la víctima.



Ahora bien, la **culpa concurrente de la víctima**, no anula en los términos que pretende la Administración, su responsabilidad, pues con independencia de la falta de prudencia imputable a la misma, lo cierto es que no se agotaron todas las medidas de seguridad necesarias para evitar o disuadir el paso de las personas en la zona. Puesto que si existía un seto separador se demostró que era insuficiente. Hay que tener en cuenta que nos situamos en unos lugares de la ciudad de Madrid, como son el Templo de Debod y el Parque del Oeste muy frecuentados lo cual es un hecho notorio que no puede desconocer la Administración, al margen que lo correcto que sea el acceso por los lugares no señalizados.

Por tanto, la posibilidad de acceso por ese lugar era previsible para la Administración al no contar elementos de protección como vallas o barandillas, que sí están colocadas, precisamente, en el Templo de Debo; una colocación de barandillas que precisamente finaliza en el punto exacto en donde había la abertura en el seto. Un espacio ajardinado que como se manifiesta en los informes de los servicios técnicos municipales (folios 361 a 365 del expediente), dicho seto no cumple, en ningún caso, con una función de contención, y que por su propia naturaleza, y al estar entre las plantas separadas, es sencillo traspasarlo ya que no dispone de ningún elemento horizontal y las ramas tienen una cierta flexibilidad. Lo que constituye dato revelador de un funcionamiento anormal servicio público ante la obligación de conservar en buen estado de seguridad las infraestructuras y dotaciones públicas, y muy especialmente las destinadas al esparcimiento y recreo de los ciudadanos, plasmada en cuanto a las vías públicas del caso urbano en la Ley de Bases de Régimen Local (artículo 25.2.d), así como las actividades o instalaciones culturales y deportivas, y ocupación del tiempo libre (art.25 m)).

De ahí que el necesario nexo causal se haya de poner en relación con la obligación administrativa de mantener estos espacios públicos en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilizan esté normalmente garantizada, y, por lo menos, estar adecuadamente señalizados o con la adopción de las medidas pertinentes para la prevención, en tales casos, de posibles eventos dañosos. Ahora bien, ello no justifica que la desafortunada y fatal caída de la víctima haya de ser atribuida exclusivamente a su falta de precaución y cuidado al caminar por dicha zona. Fue así consciente del peligro como lo demuestra la actitud -en cuclillas y ayudándose de las manos- que adoptó para bajar por el talud hasta que se produjo la caída..."

SEXTO.- Este Tribunal ha llevado a cabo una valoración conjunta de las alegaciones y razonamientos jurídicos que se contienen en los recursos de apelación, escritos de oposición al mismo, en relación con la sentencia apelada, así como también en relación con la doctrina jurisprudencial sobre esta materia, informes emitidos que constan en el expediente administrativo, para llegar a la conclusión de que los recursos de apelación no deben prosperar y debe ser confirmada la Sentencia apelada.

En segunda instancia, como es bien sabido por constituir doctrina reiterada, el objeto del recurso de apelación consiste en la desvirtuación de la sentencia que es objeto del mismo y no la simple reproducción de argumentos que ya fueron tenidos en cuenta por el Juzgador de primera instancia, pues este proceso no puede constituirse en una reproducción del primero, ni tampoco en una continuación formal del anterior proceso, sino al contrario, debe ser un nuevo proceso en que las partes que ocuparon las posiciones procesales de demandante y demandado, llevan a cabo una crítica exclusiva de la sentencia dictada en la primera instancia, con el fin de conseguir que en el ánimo de este Tribunal se produzca la convicción de que no se valoraron debidamente los hechos, o bien, si estos hechos fueron considerados por el Juzgador, entonces es su consideración jurídica lo que justifica el recurso interpuesto. Por ello, no cabe repetir argumentos jurídicos que ya fueron tenidos en cuenta en el momento de dictarse la sentencia de primera instancia, y resuelto en dicha sentencia, tanto en lo que se refiere al escrito de recurso de apelación, como al escrito de oposición al mismo.

Además, el Tribunal de apelación se encuentra limitado en el control de legalidad de la sentencia impugnada, por las alegaciones y razonamientos del recurso de apelación, siempre en relación con la sentencia, sin que le sea admisible procesalmente introducir cuestiones de debate u otras consideraciones jurídicas, que el Juzgador de primera instancia ha podido tener en cuenta, o los demás litigantes, pudiendo hacerlo no lo han hecho por no adecuarse a la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

Ello significa, entre otras cosas, que el Tribunal de apelación debe resolver las cuestiones que estrictamente se alegan en los escritos aportados por las partes litigantes, en la posición procesal que ocupan en esta segunda instancia, pero siempre en relación con la sentencia que ahora es objeto de impugnación y siempre en consideración al petitum de cada uno de ellos.

Al respecto, y en el análisis de la discrepancia valorativa expresada por las partes respecto a la conclusión probatoria de la sentencia, es obligado a recordar los criterios jurisprudenciales que acotan la facultad conferida al órgano judicial de apelación en orden a la revisión de la valoración de la prueba practicada en el Juzgado:



a) La valoración de las pruebas practicadas con aplicación del principio de inmediación judicial, es función básica del órgano judicial de instancia. Esta valoración sólo podrá ser revisada con fundamento en la apreciación de que la actuación judicial valorativa infringe el derecho de la prueba, incluido el que se deduzca de los principios generales del derecho, o las reglas de la lógica (entre otras, las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de julio , 26 de septiembre y 3 de octubre de 2007, recurso de casación 3865/2003 , 9742/2003 , 7568/2003 ; 5 de mayo , 3 de octubre y 20 de noviembre de 2000 , 3 de diciembre de 2001 y 23 de marzo de 2004).

b) En el caso de la prueba pericial, el órgano judicial revisor no puede sustituir la lógica o la sana crítica del Juzgador de instancia por la propia, salvo cuando se acredite en el proceso de revisión que la valoración judicial no se atiene a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica, entendidas éstas como los criterios de la lógica interpretativa, o cuando la libertad de crítica no se expresa de acuerdo con los criterios propios del razonar humano, incurriendo en arbitrariedad, incoherencia o contradicción (entre otras, sentencias dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de octubre , 7 y 13 de noviembre de 2007, recursos de casación números 6998/2003 , 6698/2004 y 6851/2004 , 30 de enero , 22 de marzo y 17 de mayo de 1999. Igualmente, las sentencias dictadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 y 28 de febrero y 9 de octubre de 2003, dictadas, respectivamente en los recursos de casación números 2117/1997 , 2180/1997 y 4164/1997).

En síntesis, y en aplicación de esos criterios, cabe discutir en sede de apelación la valoración que de la prueba practicada hizo el Juzgador, mas la facultad revisora del Tribunal ad quem al respecto debe ejercitarse con ponderación, en tanto que aquel órgano al realizar las pruebas con inmediación dispone de una percepción directa de ellas, percepción inmediata de la que carece la Sala de apelación, salvo siquiera de la prueba documental. Por tal razón, el Tribunal de apelación deberá prestar especial atención y valorar las diligencias de pruebas realizada defectuosamente, se entiende por infracción de la regulación específica de las mismas, fácilmente constatable, así como aquellas diligencias de prueba cuya valoración sea notoriamente errónea, de modo que sólo si la valoración se revela como equivocada sin esfuerzo, cabe atender la pretensión revocatoria de la sentencia apelada.

SÉPTIMO.- En el presente supuesto el pronunciamiento judicial, en el cuarto de los Fundamento de Derecho, concluye que el análisis del material probatorio, de conformidad con las reglas de la sana crítica, revela una conducta "reprochable" por parte de la víctima así como una "falta de prudencia de la víctima", y razona que tanto la víctima como su acompañante, en vez de buscar la escalera y el camino alumbrado que baja hasta el Paseo de la Rosaleda para recoger el vehículo que tenían allí estacionado, decidieron adentrarse en el talud franqueando un hueco del seto que lo delimitada. Pero la culpa de la víctima, que se califica de "concurrente", se estima en la sentencia de instancia, no anula la responsabilidad en la que ha incurrido la administración demandada dado que no se agotaron todas las medidas de seguridad necesarias para "evitar" o "disuadir" el paso de las personas por la zona, razonando que si bien existía un seto separador éste se demostró insuficiente. Tales medidas, se estima, deberían de aplicarse teniendo en cuenta que es un hecho notorio que la zona, Parque de Debod y Parque del Oeste, son lugares frecuentados por jóvenes, hecho que no puede ser desconocido por la administración al margen de que lo correcto no sea el acceso por los lugares no señalizados. Hubiera sido previsible para la administración la posibilidad de acceso por el lugar por el que accedió Darío y su amigo, al no constar elementos de protección como vallas o barandillas, y teniendo cuenta que el seto existente no cumple en ningún caso con una función de contención dado que al estar integrado por plantas separadas es sencillo traspasarlo al no disponer de ningún elemento horizontal y las ramas del seto ser flexibles.

Mediante sus respectivos escritos de apelación cada uno de los apelantes expresa su discrepancia valorativa con las pruebas practicadas así como con los documentos que integran el expediente administrativo, haciendo hincapié cada una de las partes en la importancia en la valoración del material probatorio en algún aspecto concreto de la prueba practicada. En esencia, podríamos decir que por parte de doña Salvadora , don Rosendo y doña Bibiana , se hace hincapié en la omisión por parte del ayuntamiento de Madrid del establecimiento de medidas físicas o elementos físicos disuasorios, o impeditivos, que no solamente evitaran sino que incluso impidieran físicamente el acceso a la zona ajardinada y al talud a través del lugar por el que los jóvenes, y, en concreto Darío , iniciaron el descenso, para atajar, y llegar más rápidamente al vehículo que tenían estacionado en la proximidad del lugar. De existir dichas medidas que hubieran dificultado el acceso o que hubieran impedido el acceso, el joven no hubiera ni tan siquiera iniciado el descenso por el lugar en el que lo hizo y se hubiera evitado su caída y el fatal desenlace; e incluso de existir alguna valla al final del talud, donde se encuentra el muro de 2 metros, podría haber contenido la caída y, en su caso minorar los resultado final.

Por el contrario, tanto el ayuntamiento de Madrid, como la compañía aseguradora de la administración demandada, ponen el acento en las evidencias que constan a través de las pruebas practicadas en el expediente que acreditan la asunción del riesgo por parte de la víctima expresando que Darío fue consciente



en todo momento del peligro del lugar por el cual decidió bajar, como expresamente reconoció su amigo, quienes eligieron dicha vía para atajar por dicho lugar y conseguir llegar más rápido al vehículo estacionado en las proximidades; y también hace hincapié en la existencia de las medidas suficientes, tanto de carácter físico, como lumínico, que delimitaban el camino de acceso y, en concreto la bajada del lugar en el que el joven se encontraba, así como la existencia de una valla de arbustos que delimitaban una zona, zona no destinada para el acceso de los peatones; señalando destacadamente cuáles eran las medidas que la administración demandada podía realizar en el Parque del Oeste teniendo en cuenta la catalogación y naturaleza de dicho parque.

Pues bien en esa discrepancia valorativa este tribunal debe expresar que las partes, en sus respectivos escritos de apelación, realizan una detallada y concreta exposición de sus respectivas valoraciones, que han de considerarse pormenorizadas y minuciosas, a fin de facilitar al tribunal sentenciador el conocimiento preciso de sus respectivos argumentos. Así cabe calificar del esfuerzo argumentativo realizado por cada uno de los recurrentes en apelación al expresar su discrepancia valorativa respecto de lo razonado en la sentencia de instancia.

Este tribunal debe expresar que, en atención a la doctrina que expusimos en el anterior fundamento de derecho, en atención a la valoración de la prueba reflejada en la sentencia de instancia así como las razones expresadas respecto de la concreta valoración de las pruebas, resulta procedente la confirmación de la sentencia apelada.

Siguiendo el mismo orden argumentativo expresado en la sentencia apelada debemos comenzar por el análisis de la conducta de la propia víctima.

La sentencia apelada razona que valoradas las pruebas aportadas al proceso así como las incorporadas al expediente administrativo, de conformidad con las reglas de la sana crítica es posible afirmar que la conducta de la víctima el día de los hechos constituye una conducta reprochable al haber actuado con falta de prudencia. Este tribunal comparte dicha afirmación y estima que el razonamiento expresado por el juez de instancia no se revela ni irrazonable, ni ilógico, ni falta de sustento probatorio, más bien al contrario resulta que dicha afirmación está asentada en las manifestaciones expresadas por dos testigos presentes en el momento de los hechos y cuyo testimonio ha sido recogido minuciosamente en las actuaciones, siendo tales testigos el amigo de la víctima, quien en aquel momento le acompañaba y que también atravesó el seto y bajaba por el talud, con la finalidad de atajar y llegar más pronto al vehículo que tenían estacionado en la zona; y, una ciudadana que, ajena a los dos amigos, se encontraba en aquel momento paseando por el lugar y pudo ver y oír a los jóvenes y cómo se produjo la caída de la víctima. Resulta reiterado a lo largo del expediente administrativo el testimonio del amigo de la víctima, testigo presencial de los hechos, cuando afirma que tanto él como su amigo decidieron bajar por el talud para atajar y que debido al calzado que llevaba la víctima decidió colocarse en cuclillas y bajar con cuidado ayudándose de las manos, pero que debió de tropezar con algo que le obligó a levantarse y bajar la pendiente de manera veloz, cada vez a mayor velocidad, hasta que al terminar el talud se precipitó sobre uno de los coches aparcados en el Paseo de la Rosaleda; también consta la declaración de la testigo que se encontraba en la zona y sin relación alguna con ambos amigos, doña María Purificación, quien manifestó que escuchó a dos jóvenes reírse de manera festiva que se encontraban en la parte superior que pertenece al Templo de Devod, sin haber podido verlos por la propia disposición de la ladera y porque siendo de noche, las farolas del lugar no alcanzaban a iluminar completamente el lugar donde se encontraban los jóvenes; continúa manifestando la testigo que de una manera sorpresiva observó como uno de los jóvenes bajaba la ladera corriendo, "embalado" dice, y como de forma fortuita debió de tropezar con el propio césped, perdiendo el control absoluto, pero sin llegar a caer en ningún momento al suelo ni rodar por el césped sino que permaneció en todo momento de pie, no llegando ni tan siquiera a tocar el muro existente en el citado paseo, "volando" literalmente y cayendo contra una furgoneta que se encontraba allí estacionada; también expresa dicha testigo que observó como un segundo chico bajaba de una forma más pausada como dando "saltitos" llegando a pararse cuando vio que su amigo caía por el muro, y gritando repetidamente el nombre del amigo que había caído, que continuó bajando y salto el muro llegando hasta el lugar donde se encontraba la testigo y su amigo inconsciente, solicitando la ayuda de la testigo así como diciendo repetidamente el nombre del amigo; interrogada la testigo acerca de si observó que alguna persona hubiera empujado a la víctima la testigo manifiesta que no vio a nadie y que desde el primer momento que ella pudo al chico vio que bajaba corriendo por la ladera y que "la caída final fue resultado de un tropezón fortuito a mitad de camino y de gran impulso y velocidad que llevaba, era imposible controlar"

También se ha hecho constar durante la tramitación del expediente y mediante el informe de 12 de noviembre de 2013, obrante los folios 361 y siguientes del expediente administrativo, que la zona disponía de iluminación nocturna delimitadora del camino destinado para los viandantes y que en las proximidades donde se encontraban ambos jóvenes había unas escaleras que permitían el acceso a la zona del Paseo de la Rosaleda donde se encontraba el vehículo estacionado al que los jóvenes pretendían acceder; también expresa potencia



de iluminación concreta de las farolas así como la distancia a la que se encuentran ubicadas cada una de las mismas, y la distancia existente entre el lugar de los hechos y la escalera de acceso al lugar al que pretendían bajar los dos amigos, incidiendo en la existencia de una infraestructura prevista para el acceso a la zona de aparcamiento y el lugar donde se encontraban los jóvenes; también expresa dicho informe las características del elemento de separador del espacio ajardinado (el talud) donde sucedieron los hechos, que se encuentra separado del camino peatonal por un seto de arbustos de dimensiones 1,05 m de alto por 60 cm de ancho, estando compuesto dicho seto por un conjunto de plantas plantadas a una distancia media de unos 30 cm, que indican un límite físico y visual, de tal manera que, por su propia naturaleza, no es difícil traspasar el seto aún estando todos los pies de las plantas habida cuenta de que las ramas del seto tienen cierta flexibilidad y no existe ningún elemento horizontal separador; también expresa dicho informe que la zona por la que decidieron bajar los jóvenes no estaba iluminada, estando prevista la iluminación del camino de tierra y de la escalera de bajada, no sólo para cumplir la propia función de iluminación sino también para indicar el camino así como la vía de acceso a la escalera que comunicaba el camino con la zona de estacionamiento de vehículos.

El material probatorio proporciona, en consecuencia, elementos de valoración en los que se asienta y se expresa la realizada en la sentencia de instancia, valoración que en modo alguno parece irrazonable o ilógica o carente de sustento probatorio. Ciertamente, y aún cuando el seto separador del camino peatonal y del talud no constituya una barrera infranqueable al estar compuesto de hojas flexibles de arbustos, la víctima, así como su amigo, debió de ser consciente, como se evidencia a través de su actitud al comenzar a bajar por el talud, de que la zona a la que accedieron una vez que traspasaron el seto, era una zona de riesgo, y, aceptando dicho riesgo, decidieron continuar bajando agachados y acuclillados, esto es, con cuidado para evitar caer o resbalarse, en definitiva, para evitar un accidente; y respecto a cómo ambos iniciaron la bajada, expresa el testigo Luis Miguel Buesa que comenzaron a bajar al mismo tiempo aunque de forma distinta a causa del diferente calzado que llevaban, bajando Luis Miguel de quien porque llevaba unos zapatos tipo náuticos, y apoyándose en los árboles, mientras que Darío, que llevaba unas zapatillas de fútbol sala con suela de caramelo, comenzó a bajar agachado en cuclillas apoyando las manos de forma alternativa para ayudarse, tropezando de forma fortuita con el propio terreno lo que le obligó a ponerse de pie y tomando una gran velocidad sin poder poner freno de modo alguno; también explica el testigo, amigo de la víctima, que el motivo por el cual se adentraron en el lugar y accedieron al talud, lo era para conseguir llegar más pronto al coche, atajando, y no porque se hubieran perdido o no encontraran la escalera de bajada o porque la zona no estuviera iluminada ni identificada, para bajar del lugar y acceder al coche.

Por otra parte, también ha sido razonado en la sentencia apelada que la administración hubiera podido adoptar determinadas medidas para evitar, o disuadir, el paso de personas por la concreta zona. Se trata, tanto el Templo de Debod como el Parque del Oeste de Madrid, de lugares muy frecuentados por jóvenes, hecho que no puede ser desconocido por la administración a la hora de disponer de medidas disuasorias teniendo en lo previsible del acceso al lugar al que accedió la víctima, en el que no existía valla o barandilla alguna que, sin embargo, si había hasta el punto exacto donde finaliza la existente y donde se ubica la apertura del seto por el cual accedieron al talud ambos jóvenes; además de que el seto existente no cumple con una función de contención por la propia naturaleza de dicho elemento compuesto por ramas que tienen cierta flexibilidad y, además, en la zona por la que accedió la víctima existía una cierta separación entre las propias ramas que configuran el seto. Recuerda la sentencia apelada que constituye una obligación de la administración afectada el conservar en buen estado y seguridad las infraestructuras y dotaciones públicas y especialmente las destinadas al esparcimiento y recreo de los ciudadanos.

Se explica de manera detallada por la administración demandada y por la compañía aseguradora la catalogación del Parque del Oeste así como las actuaciones que pueden ser adoptadas por la administración, expresando que el proceder de la administración municipal es conforme a la normativa vigente habida cuenta de que no tiene la obligación de sustituir los septos por vallas o barandillas, como mínimo, hasta el 1 de enero de 2019, explicando que para que la administración municipal pueda sustituir los setos por vallas o barandillas en el citado lugar debe aprobarse previamente el correspondiente Plan Especial que así lo autorice, y que en el presente caso el Parque del Oeste, catalogado como Parque Histórico, carece de Plan Especial, por lo que únicamente pueden realizarse actuaciones de conservación. Se explica en el informe de 8 de noviembre de 2012 que en los jardines del Templo de Debod se aprecia un doble elemento de contención con la zona dependiente, consistente en una valla metálica en todo su perímetro con una altura de 85 cm además de un seto de vegetación que presenta oquedades en algunos de sus puntos, y en el Parque del Oeste se aprecia un seto de vegetación en el perímetro colindante con el talud que termina en el Paseo de la Rosaleda, y que presenta oquedades en algunos de sus puntos siendo de gran entidad alguno de ellos; y también continúa explicando el citado informe cuáles son las actuaciones que se puede llevar a cabo la administración, actuaciones que tienen carácter restrictivo, y entre las que se incluyen las relativas a la conservación, tales como la sustitución puntual de elementos que por su enfermedad, vejez o ausencia de mantenimiento, hayan perdido sus características



ornamentales, siempre que no se varíe la especie del elemento sustituir ni por ello se altere el trazado. También ha sido informado en el curso del expediente administrativo que en la zona por la que se produjo el acceso de los jóvenes existía una oquedad en el seto por la cual accedieron los jóvenes. En concreto se dice en dicho informe que en el concreto lugar por el que pasaron los jóvenes atravesando el seto de separación, accediendo al talud, se encontraba deteriorado o mal conservado al presentar oquedades de entidad.

No constituye un obstáculo a la conclusión expuesta en la sentencia de instancia, y que este tribunal comparte, en la que de manera razonada y ponderada se explican las razones que conducen a tal conclusión, que no se opone a las reglas de la lógica, la ausencia de una expresa referencia en la citada sentencia a la concreta naturaleza del Parque del Oeste donde ocurrieron los hechos, a la catalogación del mismo, y a la ausencia de Plan Especial que determine las actuaciones que se pueden llevar a cabo dado que en defecto del Plan Especial, como se pone de relieve por la administración demandada, cabe realizar actuaciones de conservación del Parque, y se ha puesto de relieve a través de los citados informes municipales que el seto separador y las oquedades existentes en el mismo eran susceptibles de la realización de esas actuaciones de conservación. Recordemos que el referido informe de 8 de noviembre de 2012, obrante en el expediente administrativo, se refiere expresamente la mala conservación y deterioro del seto que separa la zona de jardín con el talud.

Resultaría ajeno a la lógica y, específicamente, a la obligación de mantener las estructuras y elementos del Parque en cuestión en condiciones de seguridad en el acceso y uso por los ciudadanos y usuarios del mismo, a las que se refiere la sentencia apelada cuando cita de la Ley de Bases de Régimen Local, que la imposibilidad de llevar a cabo actuaciones diferentes de las propias de conservación, que la propia administración reconoce puede llevar a cabo no obstante no disponer el parque de Plan Especial, que dicho lugar del parque estuviera abierto al público si no dispusiera de elementos de seguridad, esto es, la imposibilidad de realizar actuaciones diferentes de las propias de conservación no puede conducir a la conclusión de que pueda mantener abierto al público dicho lugar si dicho espacio no goza de condiciones de seguridad para sus usuarios, de tal manera que aún cuando las actuaciones que puedan llevarse a cabo en dicho lugar solamente puedan ser de conservación, lógicamente la zona debe de tener de condiciones de seguridad perceptibles por los usuarios. La colocación de elementos horizontales rígidos (por oposición a las ramas del seto) tales como las vallas o barandillas y de una altura aproximadamente igual a la altura del seto, además de no constituir por sí mismo un elemento disuasorio, sin duda no constituye una actuación de conservación de las que el ayuntamiento afirma es posible realizar en el Parque del Oeste a pesar de que carezca de Plan Especial, pero sí puede realizar las actividades de conservación a las que más arriba nos hemos referido a fin de cubrir las oquedades y deterioro del seto que pudiera reforzar la disuasión del acceso al lugar. Ello, sin perjuicio, de que el propio ayuntamiento pueda promover la tramitación del Plan Especial De aplicación al citado Parque del Oeste. Siendo cierto que la colocación por parte de la administración de elementos que hubieran impedido totalmente el acceso al lugar hubiera, a su vez impedido que los jóvenes y, en concreto el joven fallecido, accediera al lugar, o, también, como se sugiere por los actores, que hubiera delimitado la zona en la que acaba el talud, en el muro que delimita el parque con la zona de aparcamiento, no es menos cierto que la instalación de tales elementos en relación con el parque en cuestión resulta contraria a la naturaleza y características del Parque del Oeste así como de cualquier otro parque natural, y que la administración no puede convertirse en garante de la exigencia de una conducta prudente y respetuosa por parte de los usuarios de las zonas públicas.

OCTAVO.- La sentencia apelada la zona que en el presente caso ha existido una concurrencia de culpas, considerando que la conducta del perjudicado ha contribuido en gran medida al resultado fatal que se produjo, estableciendo el porcentaje en el que considera que la víctima ha contribuido en la producción del resultado lesivo, se sitúa en un 70%, y atribuyendo a la actuación de la administración demandada una concurrencia de culpa en un 30%, se explica en la sentencia que la conducta de la víctima ha interferido decisivamente en el nexo de causalidad, atribuyéndole un alto porcentaje de responsabilidad en la producción del resultado lesivo.

Reconociendo la gran dificultad de determinar en casos como el presente en los que se aprecia una concurrencia de culpas, la concreta cuantía de la atribución del tanto de culpa alguna de las partes, especialmente a la víctima, este tribunal no puede más que apreciar que las razones expuestas en la sentencia de instancia, argumentadas a lo largo del cuarto de sus fundamentos de derecho, son razonables y están razonadas, por lo que resulta procedente aceptar dicha valoración.

En el mismo sentido hemos de resolver la cuestión relativa al quantum indemnizatorio que ha sido planteada por la compañía aseguradora cuando acusa que la sentencia apelada acepta, sin más explicación, la cuantía solicitada por los actores para, rebajando la misma en un 70%, señalar que procede reconocer a los recurrentes el derecho a percibir la indemnización por los daños y perjuicios por ello sufridos en la cantidad de 60.000 euros. Este tribunal estima que no resulta adecuado calificar de irrazonable o arbitraria la fijación en 60.000 euros del quantum indemnizatorio, habida cuenta de que dicha cuantía constituye un porcentaje de la cuantía total reclamada por los actores en su demanda en la cual los recurrentes expresaron, en el cuarto de los



fundamentos de derecho, las bases en atención a las cuales se solicitó la cantidad reclamada y al quedar fijado el vínculo paterno filial y afectivo dado que los actores son los padres y la hermana del fallecido, quienes en concepto, básicamente, de daño moral, daño de muy difícil valoración económica, han formulado su pretensión.

NOVENO.- Por todo lo expuesto procede desestimar los respectivos recursos de apelación interpuestos y que hemos venido analizando.

De conformidad con lo previsto en el artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede imponer las costas de este recurso de apelación a ninguna de las partes al haber sido desestimados sus respectivos recursos de apelación.

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

Por la potestad que nos confiere la Constitución Española;

FALLAMOS

1.- que debemos **desestimar y desestimamos** el recurso de apelación número **599/2015** interpuesto por el Letrado del **AYUNTAMIENTO DE MADRID**, en representación del mismo;

2.- que debemos **desestimar y desestimamos** el recurso de apelación número **599/2015** interpuesto por la Procuradora doña M^a Esther Centoira Parrondo, en nombre y representación de la compañía aseguradora **ZURICH INSURANCE PCL SUCURSAL EN ESPAÑA**;

3.- que debemos **desestimar y desestimamos** el recurso de apelación número **599/2015** interpuesto por la Procuradora doña María Jesús González Díez, en nombre y representación de doña Salvadora, don Rosendo y doña Bibiana;

4.- No ha lugar a realizar declaración en cuanto a las costas procesales.

Notifíquese esta Sentencia a las partes en legal forma, haciéndoles la indicación de que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno.

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

PUBLICACION.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente, Ilma. Sra. D^a. M^a DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS, estando la Sala celebrando audiencia pública en el día de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, **CERTIFICO**.