



Roj: SAP O 1315/2016 - ECLI:ES:APO:2016:1315  
Id Cendoj: 33044370062016100149  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Oviedo  
Sección: 6  
Nº de Recurso: 157/2016  
Nº de Resolución: 148/2016  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: JAIME RIAZA GARCIA  
Tipo de Resolución: Sentencia

## AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

### OVIEDO

#### **SENTENCIA: 00148/2016**

#### RECURSO DE APELACION (LECN) 157/16

En OVIEDO, a nueve de Mayo de dos mil dieciséis. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por, los Ilmos. Srs. D<sup>a</sup> María Elena Rodríguez Vígil Rubio Presidente, D. Jaime Rianza García y D<sup>a</sup>. Marta María Gutiérrez García, Magistrados; ha pronunciado el siguiente:

#### **SENTENCIA Nº148/16**

En el Rollo de apelación núm.157/16, dimanante de los autos de juicio civil ordinario, que con el número 482/15, se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia N<sup>o</sup>1 de Oviedo, siendo apelantes DON Ezequias y AXA SEGUROS GENERALES S.A., demandados en primera instancia, representados por el/la Procurador/a Sr./a Telenti Álvarez y asistidos por el/la Letrado Sr./a Telenti Álvarez; y como parte apelada DON Matías, demandante en primera instancia, representado/a por el/la Procurador/a Sr./a Quirós Colubi y asistido/a por el/la Letrado Sr./a García Menéndez; ha sido Ponente el/la Ilmo./a Sr./a Magistrado don Jaime Rianza García.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Oviedo, dictó sentencia en fecha 15-02-16, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Estimando sustancialmente la demanda formulada por la Procuradora D.<sup>a</sup> Isabel Quirós Colubi, en nombre y representación de D. Matías, debo condenar y condeno a D. Ezequias y Axa Seguros Genrales S.A. a abonar de forma solidaria al actor la cantidad de 66.121,82 euros; Todo ello con imposición a la entidad aseguradora de los intereses derivados del Artículo 20LCS, así como al pago por parte de ambos demandados de los intereses procesales previstos en el Artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la sentencia, con expresa imposición de costas a la parte demandada."

**SEGUNDO**.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, del cual se dio el preceptivo traslado a las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 3-05-16.

**TERCERO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia estimó en parte la demanda interpuesta al amparo del artículo 1902 del Cc. en relación con el 3, 33 y 52 y ss de la Ley de Caza del Principado de Asturias y Reglamento de desarrollo, la Ley estatal 1/1970 y el Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil del Cazador aprobado por el RD 63/1994 condenando al demandado y a su aseguradora al pago de la indemnización de los daños inferidos por el primero en el curso de una jornada de caza en la que aquel fue alcanzado por una bala disparada por el demandado; interponen recurso los demandados por error en la valoración de la prueba

practicada sobre la dirección del disparo y las ubicaciones del **animal**, tirador y montero, que evidenciaban que este había sido alcanzado por un rebote fatal e imprevisible del proyectil después de que este hubiera atravesado primeramente el cuerpo del **animal** y chocado después en una piedra; en segundo lugar y bajo la misma rúbrica invoca que la sentencia obviaba que el montero no había señalado su posición mediante la emisora, pese a que las condiciones del terreno impedían su avistamiento por los tiradores; y por último añade que la sentencia tampoco había ponderado adecuadamente que al tiempo del accidente el lesionado estaba en desempleo por haber renunciado al que le ofrecía la empresa a costa de trasladarse a Madrid, de manera que nada había perdido durante en el periodo de incapacidad pues las ofertas recibidas exigían similar o idéntico desplazamiento geográfico; en función de tales premisas los recurrentes entienden infringido el artículo 1902 del Cc . por obedecer el siniestro a culpa exclusiva de la víctima en concurso con el caso fortuito o fuerza mayor descritos en el artículo 1.105 de ese mismo texto legal ; subsidiariamente impugno la condena al pago de intereses moratorios impuesta al asegurador pese a existir causa más nque justificada para la oposición, y las costas una vez reducido en más de un ocho por ciento el principal.

**SEGUNDO.-** Ciertamente el artículo 116 de la LECrim . advierte que la extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer.

En los demás casos, la persona a quien corresponda la acción civil podrá ejercitarla, ante la jurisdicción y por la vía de lo civil que proceda, contra quien estuviere obligado a la restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización del perjuicio sufrido.

Es por ello que la sentencia penal absolutoria dictada en el juicio de faltas 504/2011 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tineo no prejuzga en absoluto la que deba dictarse en el pleito que nos ocupa, antes bien confirma que el perjudicado fue alcanzado por el disparo efectuado por el demandado sin mentar para nada que ello ocurriera tras rebotar el proyectil en algún accidente del terreno.

Aquel extremo de la autoría del disparo resulta igualmente de las declaraciones realizadas por los implicados a los instructores del atestado, incluida la del propio demandado que reconoció haber oído quejarse al herido inmediatamente después de su disparo y que por el contrario no había escuchado el que había realizado inmediatamente después el tirador situado en el puesto siguiente evidenciando así que el disparo fatal partió de su propio rifle.

Despejado ese primer interrogante, es pacífico que el desarrollo de la montería que nos ocupa se inició con la ubicación de los tiradores en los puestos respectivamente asignados para iniciar luego la batida o desplazamiento de las piezas de caza hacia estos; esta operación la realizan los monteros responsables de las jaurías cubriendo en la medida de lo posible una línea ideal de terreno que encauce la huida de las piezas hacia los tiradores, de manera que para ellos no rige la regla del silencio, ni menos aún que vayan describiendo por el transmisor su ubicación exacta en cada momento, cual si el monte estuviera debidamente cuadrículado y ello fuera perfectamente posible, antes bien lo normal es que sean sus voces y los ladridos de los **perros** los que alerten a los tiradores más próximos de la inminencia del lance; del mismo modo es evidente que esa dinámica implica que los batidores y **perros** perseguidores estén por detrás del **animal** cuando este sale a terreno descubierto y por tanto, por seguridad, el disparo debe hacerse "a puesto pasado", esto es en dirección divergente de la posición que se supone que en ese momento ocupan unos y otros; esa regla elemental admite excepciones, siempre que por las circunstancias que concurran en el lance el tirador goce de total seguridad de que el disparo no entraña riesgo para los monteros, las jaurías u otros tiradores de las cercanías; en definitiva no es el batidor el que debe extremar las medidas de precaución sino el tirador, que es quien crea el riesgo.

Sentado lo que antecede, descartaremos tajantemente cualquier atisbo de imprudencia en la víctima, que no hizo sino desempeñar la función asignada siguiendo los métodos o prácticas habituales y conocidas en cualquier montería, cuanto más que su posición no podía resultar absolutamente desconocida para los tiradores más próximos por mucho que la vegetación le ocultara de la vista, pues los demás miembros de la partida manifestaron que intuían la ubicación aproximada de los batidores por el ruido que hacían; en consecuencia concluimos que el demandado también debería haberlo sabido y disparado solo después de tener razonable certeza de que el **animal** no estaba claramente en la misma línea de tiro que aquellos.

**TERCERO.-** Del mismo modo rechazaremos la concurrencia de fuerza mayor o caso fortuito, que suelen diferenciarse en la práctica forense acudiendo bien al criterio de evitabilidad, bien al criterio de producción del hecho.

Según el primero la fuerza mayor significa un obstáculo invencible, aun habiéndolo previsto, mientras que el caso fortuito constituye un impedimento no previsible usando una diligencia normal, aunque no absolutamente insuperable si se hubiera llegado a prever.

De acuerdo con el segundo la fuerza mayor constituye un evento extraño al círculo o ámbito de la actividad de que se trata, en la que irrumpe como un obstáculo externo (rayo, huracán, inundación, etc.), y por el contrario, el caso fortuito se produce en el ámbito o esfera interna de dicha actividad (irrupción de un **animal** en la calzada, existencia de un bache o socavón en la misma, desvanecimiento del conductor, etc.).

Es obvio que el supuesto que nos ocupa no puede incardinarse en la fuerza mayor, cualquiera que sea el criterio a que nos acojamos para diferenciarlo del caso fortuito.

En cuanto a este último tendremos que decir que el motivo se sustenta en un hecho no demostrado, cual el del disparo en dirección divergente a los monteros y rebote del proyectil en un accidente del terreno que hubiera modificado sustancialmente la trayectoria de la bala, fuera de cualquier previsión humana; ello es así porque en la inspección del lugar al que, según la versión del demandado, habría ido dirigido el disparo no se encontraron vestigios del impacto, de manera que, ignorando como ignoramos el lugar al que apuntó cuando la pieza salió de la zona boscosa en que se ocultaba, lo único que resulta acreditado es que la acción del demandado es causa de la lesión del perjudicado.

Así las cosas aquella hipótesis, que ciertamente fue manejada desde los primeros instantes por los distintos implicados en el suceso, parece más inspirada en la intención de excluir cualquier imputación penal, dolosa o por imprudencia grave con resultado de lesiones, que en la realidad histórica de los hechos.

**CUARTO.-** Es igualmente objeto de impugnación la cuantía señalada a título de lucro cesante invocando que al tiempo del accidente el lesionado estaba en desempleo por haber renunciado al que le ofrecía la empresa a costa de trasladarse a Madrid, de manera que nada había perdido durante en el periodo de incapacidad pues las ofertas recibidas exigían similar o idéntico desplazamiento geográfico.

El argumento es válido en lo que se refiere a la oferta de trabajo realizada por su anterior empleador porque, constando en autos que el perjudicado había declinado la oportunidad de continuar trabajando para aquella en Madrid, no parece que la que le realizó en julio de 2012 pudiera ser mucho más atractiva en tanto implicaba trabajar entre Zamora y Orense, esto es con traslado de domicilio que es lo que el perjudicado no había querido hacer.

Sin embargo no ocurre lo propio con las ofertas cursadas por Intedia 3 Construcción S.L. referidas a la ejecución de sendas obras en La Corredoria y la antigua Estación de La Manjoya en esta misma ciudad de Oviedo.

Ahora bien, pareciendo ser tales ofertas contratos de trabajo por tiempo determinado, hasta la conclusión de la obra, no se ha probado ni el plazo estimado durante el que habría estado empleado, ni tampoco el salario ofrecido, pese a que uno y otro son datos imprescindibles para averiguar la pérdida experimentada; ello es así porque el demandante realiza el cálculo del lucro cesante basándose en la comparación con las condiciones de su anterior trabajo y lo que percibía como prestación de desempleo cuando acabamos de exponer que aquellas carecen de toda relevancia por no representar una oferta aceptable para el perjudicado y por tanto únicamente interesarían a estos efectos las que le propuso la segunda empresa.

Es así que el lucro cesante no puede ampararse sin más y exclusivamente en la dicción del artículo 1106 del Cc, sino que es preciso probar que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas y contingentes, teniendo indicado la jurisprudencia (17-12-1990, 30-11-1993, 7-5-1994, 29-9-1994 y 8-6-1996), que es de apreciación restrictiva o ponderada y la necesidad de prueba con rigor ("al menos razonable", dicen las sentencias 30-6-1993 y 21-10-1996) de su realidad o existencia ("aplicando criterios de probabilidad de acuerdo con el curso normal de los acontecimientos" sentencia 16-6-1993 y 15-7-1998), pues el lucro no puede ser dudoso o incierto; las dudas que ofrece la prueba practicada sobre los rendimientos que habría obtenido del segundo empleador nos llevará a estimar el recurso sobre este particular.

**QUINTO.-** La ya no demasiado reciente sentencia del T.S. de 11 de abril de 2.011 indica que *"a la hora de determinar qué ha de entenderse por causa justificada a los efectos de la aplicación de la regla octava del artículo 20 LCS, en la redacción dada por la Disposición Adicional sexta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, esta Sala (SSTS de 17 de octubre de 2007, RC núm. 3398/2000, 18 de octubre de 2007, RC n.º. 3806/2000, 6 de noviembre de 2008, RC núm. 332/2004, 16*

de marzo de 2010, RC núm. 504/2006 , 7 de junio de 2010, RC núm. 427/2006 , 29 de septiembre de 2010, RC núm. 1393/2005 , 1 de octubre de 2010, RC núm. 1314/2005 y de noviembre de RC núm. 2307/2006 ) ha seguido una línea interpretativa que ha llevado a excluir su apreciación cuando carece de justificación la oposición al pago frente a la reclamación del asegurado o perjudicado aunque se formule en un proceso judicial, pues la razón del mandato legal radica en evitar el perjuicio que para aquellos deriva del retraso en el abono de la indemnización y en impedir que se utilice el proceso como instrumento falaz para dificultar o retrasar el cumplimiento de la expresada obligación, sin que lo expuesto impida que la aseguradora pueda obtener de forma efectiva su tutela jurídica en el pleito, que, de prosperar su oposición, conllevará la devolución de la cantidad satisfecha o previamente consignada, por ser total o parcialmente indebida.

En esta línea, viene declarando esta Sala que si el retraso viene determinado por la tramitación de un proceso, para vencer la oposición de la aseguradora se hace necesario examinar la fundamentación de la misma, partiendo de las apreciaciones realizadas por la AP, a quien, como declara reiteradamente la jurisprudencia, corresponde la fijación de los hechos probados y las circunstancias concurrentes de naturaleza fáctica necesarias para integrar los presupuestos de la norma aplicada, siendo criterio de esta Sala al respecto, que ni la mera existencia de un proceso, o el hecho de acudir al mismo, constituye causa en sí misma justificada del retraso, ni es óbice para imponer a la aseguradora los intereses cuando no se aprecia una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación misma de indemnizar ( SSTS 7 de junio de 2010, RC núm. 427/2006 ; 29 de septiembre de 2010, RC núm. 1393/2005 ; 1 de octubre de 2010, RC núm. 1315/2005 ; 26 de octubre de 2010, RC núm. 677/2007 ; 31 de enero de 2011, RC núm. 2156/2006 y 1 de febrero de 2011, RC núm. 2040/2006 ).

En aplicación de esta doctrina, la Sala ha valorado como justificada la oposición de la aseguradora que aboca al asegurado o perjudicado a un proceso cuando la resolución judicial se torna en imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura, en cuanto hechos determinantes del nacimiento de su obligación, si bien la jurisprudencia más reciente es incluso aún más restrictiva y niega que la discusión judicial en torno a la cobertura pueda esgrimirse como causa justificada del incumplimiento de la aseguradora ( SSTS de 7 de enero de 2010, RC núm. 1188/2005 y de 8 de abril de 2010, RC núm. 545/2006 ).

En todo caso y a pesar de la casuística existente al respecto, viene siendo criterio constante en la jurisprudencia no considerar causa justificada para no pagar el hecho de acudir al proceso para dilucidar la discrepancia suscitada por las partes en cuanto a la culpa, ya sea por negarla completamente o por disentir del grado de responsabilidad atribuido al demandado en supuestos de posible concurrencia causal de conductas culposas ( STS 12 de julio de 2010, RC núm. 694/2006 y STS de, RC núm. 2307/2006 ), del mismo modo que no merece tampoco para la doctrina la consideración de causa justificada la discrepancia en torno a la cuantía de la indemnización, cuando se ha visto favorecida por desatender la propia aseguradora su deber de emplear la mayor diligencia en la rápida tasación del daño causado, a fin de facilitar que el asegurado obtenga una pronta reparación de lo que se considere debido ( SSTS de 1 de julio de 2008, RC núm. 372/2002 , 1 de octubre de 2010, RC núm. 1315/2005 y 26 de octubre de 2010, RC núm. 677/2007 ), sin perjuicio, como se ha dicho, de que la aseguradora se defienda y de que, de prosperar su oposición, tenga derecho a la restitución de lo abonado.

Trasladando esa doctrina al caso de autos debe decirse que la negativa de la aseguradora carecía de toda justificación por las razones que hemos ido desgranando en los anteriores fundamentos de derecho de esta resolución y en consecuencia se desestima también este motivo del recurso para examinar por fin el que se refiere a la condena en costas.

**SEXTO.-** Es doctrina bien consolidada la que dice que *concorre estimación sustancial de la demanda, entre otros supuestos, cuando la concreción de la suma reclamada está sujeta a reglas de ponderación o adecuación que privan de relevancia a la existencia de una diferencia no importante entre lo pedido y lo obtenido para el éxito de la pretensión, demostrando que ésta no fue desproporcionada, o cuando la discrepancia deriva de la aplicación de criterios de actualización del valor de lo reclamado con arreglo a alguna de las modalidades admitidas* ( SSTS de 14 de marzo de 2003 , 17 de julio de 2003 , 26 de abril de 2005 , 24 de enero de 2005 , 5 de junio de 2007 , , 15 de junio de 2007 , 6 de junio de 2006 , 20 de mayo de 2005 , y 7 de mayo de 2.008 , entre las más recientes).

Sucede que la revocación de la condena por lucro cesante ha vaciado de contenido la controversia sostenida sobre este particular pues es evidente que estamos ante un supuesto de estimación parcial razón por la cual, de conformidad con los artículos 394 y 398 de la LEC no se hará especial pronunciamiento sobre las costas causadas en ambas instancias.



En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente

## FALLO

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Ezequias y la compañía **AXA SEGUROS GENERALES SOCIEDAD ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS** contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Oviedo en los autos de que este rollo dimana ciframos la indemnización debida al demandante en la cantidad de CUARENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO EUROS con DOCE CÉNTIMOS (48.494,12 €), que devengará el interés previsto en el artículo 20 de la LCS desde la fecha del siniestro, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de ambas instancias.

Contra la presente sentencia, cabe interponer en el plazo de veinte días recurso extraordinario por infracción procesal y/o, casación. Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 Euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia gratuita, el M. Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local, u organismo autónomo dependiente.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ