



Roj: STSJ CANT 1/2015 - ECLI:ES:TSJCANT:2015:1
Id Cendoj: 39075330012015100001
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Santander
Sección: 1
Nº de Recurso: 274/2013
Nº de Resolución: 3/2015
Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Ponente: MARIA DE LA PAZ HIDALGO BERMEJO
Tipo de Resolución: Sentencia

S E N T E N C I A nº 000003/2015

Ilmo. Sr. Presidente

Don Rafael Losada Armada

Ilmos. Srs. Magistrados

Doña Clara Penin Alegre

Doña María Esther Castanedo García

Doña Paz Hidalgo Bermejo

En la ciudad de Santander, a cinco de enero de dos mil quince. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria ha visto el procedimiento Ordinario número 274/13, interpuesto por SEGUROS AXA y por Don Eleuterio , representado por el Procurador Don Isidro Mateo Pérez y defendido por el Letrado Don Carlos Zamora Rivero, siendo partes recurridas el Gobierno de Cantabria, representado y defendido por Letrado de sus Servicios Jurídicos, el coto privado de caza Club Deportivo Básico Las Anjanas y Seguros Caser, representados por la Procuradora Doña Gloria Payno Martínez y defendidos por el Letrado Don Juan Antonio Berdejo Vidal, y la Administración del Estado (Demarcación de Carreteras del Estado), representada y defendida por el Abogado del Estado. A este procedimiento ha sido acumulado el seguido ante este Tribunal como procedimiento Ordinario 339/13 interpuesto por Doña Benita , representada por el Procurador Don Fernando García Viñuela y defendida por el Letrado Don Luis Revenga Sánchez frente al Gobierno de Cantabria, representado y defendido por Letrado de sus Servicios Jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- SEGUROS AXA y Don Eleuterio interpusieron, ante el Juzgado de lo Contencioso, en fecha 7 de septiembre de 2012, recurso contencioso frente a la Resolución de fecha 29 de junio de 2012, de la Consejería de Ganadería, Pesca y Desarrollo Rural, que desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial instada, el 16 de enero de 2012, por los daños derivados del accidente del vehículo, con matrícula-JWB , al colisionar con un **jabalí**, el día 22 de agosto de 2010, y que cuantifican en 205.720,81# y 33.999,23# respectivamente.

SEGUNDO.- Admitido a trámite, previa reclamación y recepción del expediente, los demandantes formalizaron demanda, solicitando la nulidad de la resolución recurrida, por ser contraria al ordenamiento jurídico, interesando ser indemnizados en la cantidad de 272.888# y 83.999,23#, respectivamente, y los intereses legales desde la fecha del siniestro.

TERCERO.- Por el Letrado de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Cantabria se contestó la demanda, alegando como causa de inadmisibilidad la falta de competencia del Juzgado contencioso administrativo y la concurrencia de litispendencia al encontrarse en trámite, por los mismos hechos, ante la Audiencia Nacional, el procedimiento Ordinario 754/2012 al que se ha acumulado el seguido como ordinario 785/2012. De forma subsidiaria solicita la desestimación de la demanda.

CUARTO.- Mediante Providencia, de fecha 28 de mayo de 2013, se da traslado a las partes a fin de que formulen alegaciones sobre la falta de competencia alegada, y por Auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso nº 1 de Santander, de fecha 10 de julio de 2013, se declara la falta de competencia del Juzgado y la remisión de las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

QUINTO.- Esta Sala, mediante Auto de fecha 1 de octubre de 2013, declaró su competencia, dando lugar al procedimiento seguido como ordinario 274/2013 en el que se dio traslado de la demanda al Gobierno de Cantabria, formulando la Letrada de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Cantabria, contestación a la misma, solicitando su inadmisión por litispendencia y, de forma subsidiaria su desestimación, por ser conforme a derecho la actuación administrativa recurrida.

El Abogado del Estado, mediante escrito de fecha 31 de octubre de 2013, contesta la demanda alegando como causas de inadmisibilidad: la falta de competencia objetiva del TSJ para conocer la pretensión de responsabilidad patrimonial dirigida contra el Estado, la falta de agotamiento de la vía previa, la falta de legitimación ad procesum de la Administración del Estado y finalmente solicita la desestimación de la demanda.

La representación del coto privado de caza Club Deportivo Básico Las Anjanes y de Seguros Caser, mediante escrito de fecha 17 de diciembre de 2013, contestaron la demanda y opusieron la falta de legitimación activa de seguros AXA, la falta de legitimación pasiva del coto Asegurado por Caser y finalmente la desestimación de la demanda, con imposición de costas a la parte recurrente.

Mediante Auto de fecha 14 de enero de 2014 se acuerda el recibimiento del pleito a prueba.

SEXTO.- De forma paralela, por Doña Benita se interpuso recurso contencioso frente a la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación en fecha 22 de diciembre de 2011, de responsabilidad patrimonial formulada por la demandante por las lesiones y daños causados por la colisión de un **jabalí**.

Admitido a trámite, previa reclamación y recepción del expediente, la demandante formalizó demanda, solicitando ser indemnizada en la cantidad de 904.584# con sus intereses y la condena en costas de la Administración. Asimismo la demandante, mediante escrito de fecha 6 de mayo de 2013, solicita la suspensión del procedimiento por litispendencia.

Alegada por el Letrado del Servicio Jurídico del Gobierno de Cantabria la falta de competencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo, mediante escrito de fecha 27 de mayo de 2013, y una vez dado traslado a las partes y al Ministerio Fiscal, por Auto de del Juzgado de lo Contencioso nº 2 de Santander, de fecha 29 de julio de 2013, se declara la falta de competencia del Juzgado y la remisión, al Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de las actuaciones.

SEPTIMO.- Esta Sala, mediante Auto de fecha 28 de noviembre de 2013, declaró su competencia, dando lugar al procedimiento seguido como ordinario 339/2013 y dado traslado a la demandada, la Letrada de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Cantabria, contestó a la misma, solicitando su inadmisión por litispendencia y prescripción, de forma subsidiaria su desestimación, por ser conforme a derecho la actuación administrativa recurrida. Finalmente solicitó la acumulación al procedimiento seguido ante la Sala como 274/13.

Mediante Auto de fecha 28 de noviembre de 2013, se deniega la suspensión por litispendencia, solicitada por la demandante, que en su caso determinaría, la inadmisibilidad del recurso.

Finalmente, por Auto de fecha 29 de enero de 2014, se acuerda el recibimiento del pleito a prueba, y respecto de la solicitud de acumulación planteada, no se realiza pronunciamiento porque la misma "deberá efectuarse en el procedimiento más antiguo".

OCTAVO.- Por escrito, de fecha 12 de febrero de 2014, la representación de SEGUROS AXA y de Don Eleuterio, demandantes en el procedimiento ordinario seguido como 274/2013, solicitan en éste la acumulación del procedimiento ordinario 339/2013, solicitud con la que mostraron conformidad tanto el Letrado de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Cantabria como la representación de Doña Benita, acordándose por Auto de fecha 28 de marzo de 2014.

NOVENO.- De igual manera se solicita por la representación de SEGUROS AXA y por Don Eleuterio la suspensión del procedimiento por litispendencia, denegándose por Auto de 10 de marzo de 2014.

DÉCIMO.- Practicada la prueba admitida, con el resultado que obra en Autos, y habiendo presentado las partes conclusiones escritas, por Providencia de la Sala, de fecha 4 de noviembre de 2014, es designada

Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Doña Paz Hidalgo Bermejo, señalándose el día 5 siguiente para la deliberación votación y fallo del presente recurso, si bien la deliberación finalizó el 17 de diciembre de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Es objeto del presente recurso la denegación de la reclamación de responsabilidad patrimonial que, por un lado, instan Don Eleuterio y Seguros Axa y por otra, Doña Benita, que reclaman los daños y perjuicios sufridos y causados por un accidente de moto en una vía pública, en concreto los daños derivados del accidente ocurrido el 22 de agosto de 2010, en el p.K. 142,2, de la N 611, cuando circulando en la moto BMW matrícula-JWB colisionaron con un **jabalí** que invadió la calzada al cruzarla.

Las reclamaciones fueron objeto de desestimación mediante resolución expresa de fecha 29 de junio de 2012.

Fundamentan su reclamación, Don Eleuterio y Seguros Axa, alegando que el Gobierno de Cantabria, competente en la Reserva Regional del Saja, ha incurrido en negligencia en el cuidado, mantenimiento y conservación del terreno acotado de caza y por no tomar medidas para evitar la salida de **animales** a la vía por la falta de valla protectora que evite la irrupción de **animales** en la calzada. Alega que de la reclamación es responsable, de forma solidaria, el coto de caza Club Deportivo Básico Anjanés y la compañía aseguradora del citado coto, con fundamento en la Ley de Caza. Pretende asimismo la responsabilidad de la Demarcación de Carreteras por ocurrir el accidente en una vía estatal.

Reclama Don Eleuterio, 83.999,23# en concepto de daños, desglosados en los siguientes conceptos: los correspondientes a 281 días de IT (11.651,53#), por las secuelas (6.480,50#), por los daños de la moto (13.497,58#) y de su ropa (2.369,65#) y por los daños morales (50.000#). Además, la compañía de seguros AXA, reclama 272.888# por las cantidades facturadas: por la Asociación Daño cerebral Caminando, por el Hospital Padre Menni de Mondragón, por la Clínica Guimon, por el Centro Médico Udalaiz, por Clínica Traumatológica Bilbao S.L., por Clínica Teknibai, por el Hospital Ruber Internacional, por el Servicio Cantabro de Salud, por el Centro de Atención Domiciliaria Calidad de Vida, por ambulancias Maiz, por los profesionales intervinientes en la intervención del hombro realizada en noviembre de 2011 (Dr. Jose Antonio del Instituto de patología del Hombro y Codo, Dr. Juan Alberto de Anesdol SL), por medias de prevención y por las cantidades abonadas como adelanto de secuelas. Además reclama, respecto del conductor, Don Eleuterio, la cantidad facturada por el Servicio Cantabro de Salud en concepto de ambulancia el 22 de agosto de 2010, así como el abono de intereses desde la fecha en la que se produjo el accidente.

El Gobierno de Cantabria se opone a la demanda, y además de la causa de inadmisibilidad por litispendencia, opone respecto del fondo:

que el conductor debió acentuar su diligencia al atravesar la Reserva Regional que estaba debidamente advertida mediante señales.

Que el accidente por atropello no trae causa de la acción de cazar, no había programada ninguna cacería y el titular de la Reserva del Saja no debe responder.

Que tampoco existe falta de diligencia en la conservación de la Reserva, y no hay dato alguno que permita justificar que el atropello se debió a negligencia en la conservación de la reserva. En concreto y respecto de la falta de diligencia por ausencia de vallado, se alega que el vallado es irrealizable y resulta incompatible con el régimen cinegético de los terrenos que comprende y el vallado no está comprendido dentro de las facultades de conservación sino que solo puede realizarlo el propietario, no el titular del aprovechamiento que es el Gobierno de Cantabria.

Que la N 611 es de titularidad de la Administración del Estado.

Respecto de las cantidades reclamadas por Don Eleuterio, limita el valor de la moto al que correspondería de aplicar la Orden de 12-12-12 y, se opone a las reclamadas por accesorios, extras, daño moral y daño personal por no quedar acreditado.

Respecto de las cantidades reclamadas por Axa, niega que estén acreditadas en los términos del art. 43 de la Ley de Contrato de seguro.

El Abogado del Estado, además de las causas de inadmisibilidad alegadas: la falta de competencia objetiva del TSJ para conocer la pretensión de responsabilidad patrimonial dirigida contra el Estado, la falta de agotamiento de la vía previa, opone la falta de legitimación ad procesum de la Administración del Estado

y se opone a la demanda remitiéndose al contenido de la resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta ante el Gobierno de Cantabria.

El coto privado de caza Club Deportivo Básico Las Anjanas y Seguros Caser, se oponen a la demanda, alegando la falta de legitimación activa de Axa y la falta de legitimación pasiva de Caser, el límite de la franquicia y, se opone a las cantidades reclamadas considerando que la cantidad reclamada por la moto no está acreditada, que no está justificada la preexistencia de los accesorios y prendas que reclama, que la cantidad reclamada por las secuelas es excesiva y, finalmente, respecto del daño moral, no se exponen los fundamentos de la cantidad que reclama. Se opone a la cantidad reclamada por AXA por falta de claridad y precisión de los conceptos.

SEGUNDO.- Pero además, por la acumulación acordada en Auto de fecha 28 de marzo de 2014, es objeto del presente procedimiento la reclamación desestimada, interpuesta por Doña Benita que, como pasajera de la moto BMW matrícula-JWB , el día 22 de agosto de 2010 sufrió el accidente en el P.K. 142,2 por colisión con un **jabalí** que invadió la N-611.

Justifica su reclamación alegando que el siniestro se produjo por un funcionamiento anormal de la Administración al no haber desplegado la diligencia debida por la probable irrupción de **animales** salvajes en la calzada, y por culpa in vigilando de la Administración, con soporte en la ley de Caza. Reclama la cantidad de 904.584# que se desglosa en:

por daños fisiológicos, 89 puntos que valora a 2.577,35#/punto y solicita se incrementen con un factor de corrección del 10%, considerándose que deben valorarse como secuelas las siguientes: hemiparesia moderada, trastorno orgánico de la personalidad, paresia del III par craneal y hemianopsia.

Por perjuicio estético, por 25 puntos que valora a 1.217,70#/punto y también solicita se incrementen con el factor de corrección del 10%.

Por daños morales, necesidad de ayuda de tercera persona, adecuación de la vivienda y perjuicios morales de familiares, solicita el máximo fijado en la tabla IV

Por los 368 días de IT considerando 173 días de ingreso hospitalario y 195 de días impeditivos, que también reclama incrementados por un factor de corrección del 10%, tomando como ingresos los declarados en el año 2008.

Otros gastos, en cuantía de 4.475,87#.

A esta demanda se opone el Letrado de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Cantabria, alegando la causa de inadmisibilidad por litispendencia, alega prescripción de la acción para reclamar al haberse presentado la reclamación en fecha 22 de diciembre de 2011 y consta que fue alta hospitalaria el 14 de octubre de 2010 y respecto del fondo opone, al igual que en la reclamación formulada por el Sr. Eleuterio y AXA:

concurrencia de culpas del conductor que debió acentuar su diligencia al atravesar la Reserva Regional que estaba debidamente advertida mediante señales.

Que el accidente por atropello no trae causa de la acción de cazar, no había programada ninguna cacería y el titular de la reserva del saja no debe responder.

Que tampoco existe falta de diligencia en la conservación de la reserva, y no hay dato alguno que permita justificar que el atropello se debió a negligencia en la conservación de la reserva. En concreto y respecto de la falta de diligencia por ausencia de vallado, se alega que el vallado es irrealizable y resulta incompatible con el régimen cinegético de los terrenos que comprende y el vallado no está comprendido dentro de las facultades de conservación sino que solo puede realizarlo el propietario, no el titular del aprovechamiento que es el Gobierno de Cantabria.

Respecto de las cantidades reclamadas por Doña Benita , opone que AXA también reclama cantidades que dice son anticipo de secuelas abonadas a la Sra. Benita , niega la procedencia de la aplicación del factor de corrección del 10%, impugna la aplicación de los topes máximos y la falta de justificación respecto de la modificación de la vida de la pareja de la Sra. Benita y la falta de acreditación de los perjuicios morales familiares.

TERCERO.- Con carácter previo procede resolver la causa de inadmisibilidad alegada por el Letrado de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Cantabria, cuya estimación impediría analizar las pretensiones formuladas. Se alega como causa de inadmisibilidad la litispendencia y que se formula en relación con el

procedimiento seguido como recurso 754/12, al que se acumuló el recurso 785/12 ante la Audiencia Nacional, en el que figuran los mismos demandantes y como demandado el Ministerio de Fomento.

Tiene reiteradamente expresado el Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 20 de abril de 1993) que los efectos de la litispendencia son comparables a los de la cosa juzgada, esto es, "evitar la contradicción respecto a unas pretensiones planteadas por las mismas partes sobre objeto idéntico entre distintas Sentencias", con la particularidad de que la litispendencia "actúa sobre un proceso que en relación con la Sentencia que pudiera dictarse en otro sea contradictoria". Por tanto, consolidada doctrina legal apunta a que la litispendencia, como causa de inadmisión del recurso contencioso administrativo, ex artículo 69 d) de la Ley Jurisdiccional, tiene finalidad y naturaleza coincidentes, se insiste, con las de cosa juzgada, pues está orientada a evitar, en aras al principio de seguridad jurídica, que sobre una misma controversia puedan ser dictadas resoluciones jurisdiccionales contradictorias o dispares.

En consecuencia, habrá que determinar cual sea la "identidad procesal" que funda la litispendencia, que, como es bien sabido, comprende los tres elementos que integran la cosa juzgada (sujetos, "causa petendi" y "petitum"), siendo así que la concurrencia de todos ellos conduciría a la apreciación del repetido instituto. Existirá identidad subjetiva cuando el actor y el demandado fueran los mismos en ambos procesos, actuando además en la misma calidad. El segundo elemento, la causa de pedir o "causa petendi", sería la fundamentación de la pretensión, y el tercero ("petitum"), "la conclusión a que llega el demandante partiendo de los hechos que alega como comprendidos, a su juicio, en el supuesto abstracto de la norma jurídica que invoca" (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2001, 27 de septiembre de 1999, 9 de marzo, 21 y 31 de octubre de 2001 y 15 de abril de 2008 entre muchas otras).

Pues bien, en el presente supuesto no concurren méritos para entender concurra litispendencia, teniendo en cuenta que el procedimiento contencioso-administrativo tiene como finalidad el control del ejercicio de potestades administrativas, lo cierto es que en el presente litigio, con el matiz de la participación en el proceso de una pluralidad de codemandados, lo que se trata de analizar, es el incorrecto uso de las facultades que en materia de caza corresponden a la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se produce el siniestro. Por el contrario, el procedimiento que se ventila ante la Audiencia Nacional tiene como finalidad, respecto de la Administración Central, la actividad que le incumbe en relación con el mantenimiento en las adecuadas condiciones de seguridad de las infraestructuras de su titularidad, y si ha sido su inacción la que ha propiciado la generación de un evento lesivo, directamente o en relación con la conducta de aquellos codemandados.

En suma, aun existiendo coincidencia en el hecho base -un siniestro de muy graves consecuencias-, no hay coincidencia en lo que respecta a identidad subjetiva (distintas Administraciones demandadas) ni tampoco en cuanto a la fundamentación o base de la pretensión (en un caso deficiencias en materia de seguridad en carreteras y en otro ejercicio deficiente de competencias en materia de caza), por lo que la alegación de litispendencia no puede prosperar.

Esta es la solución adoptada por la Audiencia Nacional, por todas en la sentencia de 24-1-11 .

CUARTO.- Lo anterior pone de manifiesto que los demandantes, por los mismos hechos, han interpuesto reclamación de responsabilidad ante el Ministerio de Fomento, y que esta reclamación fue desestimada por Resolución de fecha 21 de septiembre de 2012, formulando recurso ante la Audiencia Nacional. En consecuencia, en el presente procedimiento no cabe, como alega el Abogado del Estado, la revisión de la resolución dictada por el Ministerio de Fomento, no tanto porque no exista, sino porque la misma se ha recurrido de forma paralela por los demandantes ante la Audiencia Nacional. No puede pretenderse aquí la condena de la "Demarcación de carreteras del Estado", como solicita la representación del Sr. Eleuterio y AXA, máxime si con soporte en la defectuosa señalización de la carretera, por esa causa de pedir, se sigue procedimiento ante la Audiencia Nacional.

QUINTO.- , la Letrada de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Cantabria, en el escrito de contestación formulado en el Procedimiento ordinario 339/2013, opuso la prescripción de la acción interpuesta por la Sra. Benita al haber transcurrido más de un año, desde la fecha del alta hospitalaria, hasta la fecha de interposición de la reclamación administrativa. Sin embargo la documentación obrante en las actuaciones impone su desestimación por las siguientes consideraciones:

De conformidad con el art. 142-5 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

La previsión legal determina que no de comienzo el plazo de prescripción sino a partir del momento en que la determinación es posible, que en el supuesto de enfermedades no es sino desde que se conoce el alcance de los daños.

En este caso el alcance de los daños no quedaron fijados en el momento del alta hospitalaria en el Hospital Marqués de Valdecilla, puesto ingresa a continuación en otro centro hospitalario (hasta el 11-2-11) siendo al menos la consolidación de las secuelas al alta de este, y los informes consideran la consolidación de las secuelas al año del accidente. En consecuencia a la fecha de interposición de la reclamación, el 22 de diciembre de 2011 no concurre la prescripción alegada. Los diferentes informes médicos existentes en autos acreditan la inexistencia del trascurso de plazo de prescripción y así lo reconoce el Letrado de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Cantabria, en el escrito de conclusiones y en este momento procesal limita la prescripción a la partida relativa a los daños materiales reclamados por el Sr. Eleuterio (por tanto en relación con el PO 274/13), resultando esta alegación en esta fase procesal extemporánea por novedosa.

SEXTO.- Resulta necesario igualmente analizar la alegada inadmisibilidad por falta de legitimación activa de Seguros Axa, causa de inadmisibilidad alegada por la demandada Seguros Caser, aseguradora del Coto privado de caza Club Deportivo Básico Las Anjanes.

La legitimación activa de seguros AXA se sustenta en el art. 43 de la LCS por quedar subrogada en los derechos y acciones que correspondan al asegurado entre los que incluye los gastos médicos de la lesionada (ocupante), legitimación que la compañía aseguradora justifica en la póliza de responsabilidad civil suscrita previamente y porque alega que de conformidad con el art. 10 del reglamento del seguro obligatorio, es obligatoria la asunción de los gastos médicos y asistenciales de los ocupantes.

Debemos tener presente que por Seguros Axa se ejercita la acción de responsabilidad extracontractual por vía subrogatoria. Posibilidad prevista en el artículo 43 LCS y en los artículos 7 y 10.1 .b) Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

Conforme a ello y a los efectos de dilucidar si la aseguradora demandante tiene legitimación, o más precisamente, acción, para reclamar, interesa recordar que los hechos base de la pretensión son: 1) un accidente de tráfico, en el que resultaron lesionados el conductor de la moto objeto del seguro suscrito por la demandante y la ocupante; 2) un accidente causado por un elemento ajeno a la conducción, la irrupción de un **jabali** y sin que conste incumplimiento del conductor ; y 3) el pago por la aseguradora de la motocicleta de todos gastos derivados de la asistencia sanitaria prestada a los dos lesionados.

Pues bien, el artículo 7.1 de la norma citada dispone que el asegurador, dentro del ámbito del aseguramiento obligatorio y con cargo al seguro de suscripción obligatoria, habrá de satisfacer al perjudicado el importe de los daños sufridos en su persona y en sus bienes. Además, el artículo 10.1 .b) del mismo texto legal dispone que el asegurador, una vez efectuado el pago de la indemnización, podrá repetir contra el tercero responsable de los daños. Es claro que la reclamación efectuada por la aseguradora halla su amparo en éste precepto, que fue citado expresamente por la aseguradora, y por lo tanto es incuestionable que la pretensión de recobro o repetición de lo pagado tiene su base en el seguro obligatorio.

Respecto de la falta de legitimación pasiva de la Aseguradora Caser que esta alega, la misma al referirse al fondo de la pretensión frente a ella ejercitada, será analizada en los apartados siguientes.

SEPTIMO.- La reclamación de responsabilidad patrimonial, cuya desestimación es objeto de la presente demanda, toma como presupuesto la existencia de un accidente de circulación que sufre el Sr. Eleuterio , como conductor y la Sra. Benita , como pasajera de la moto, y por los que reclama los daños sufridos.

Resulta necesario, para la resolución de las pretensiones ejercitadas en las demandas acumuladas, hacer unas previas consideraciones sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en nuestro ordenamiento jurídico, Esta tiene su base, no solo en el principio genérico de la tutela efectiva que, en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, reconoce el art. 24 de la Constitución , sino también, de modo específico, en el art. 106.2 de la propia Constitución al disponer que los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; en el artículo 139, apartados 1 y 2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , que determina el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del

funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

Ha precisado reiteradísima jurisprudencia que para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

OCTAVO.- Además y dado que la causa alegada del daño que se reclama se afirma ocasionado por un **jabalí**, siendo que en el p.k. en el que sucede el accidente ha quedado acreditado que se encuentra, en un lado de la carretera N-611, la Reserva Regional del Saja, y en el otro, un coto privado de caza, ello nos obliga a considerar el ámbito normativo aplicable a la responsabilidad por los daños ocasionados por especies y el aprovechamiento cinegético.

Respecto a los daños que produzcan las especies protegidas, el ordenamiento atribuye a los poderes públicos la efectiva protección de la fauna, que puede estar en el origen de la producción de daños a terceros. En este caso entrará en juego el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración establecido en la Constitución que se sancionará conforme a la normativa general de Derecho Administrativo. Este sistema de responsabilidad se debe a que sobre estas especies se ha producido una publicación que hace a la Administración responsable por los daños que produzcan. Esta responsabilidad de la Administración, establecida con carácter general se encuentra ratificada por la propia legislación autonómica sobre caza.

En el caso de cotos de caza, la ley responsabiliza a los titulares de los derechos de aprovechamiento cinegético y subsidiariamente a los titulares del terreno, de los daños producidos por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados (Art. 33.1 de la Ley 1/1970 de caza).

Respecto a los daños producidos por las especies de caza procedentes de otros terrenos cinegéticos especiales como reservas, parques nacionales y terrenos de caza controlada si bien la Ley de Caza de 1970 preveía la responsabilidad de los titulares de los aprovechamientos y subsidiariamente de la Administración, el Reglamento matizó que cuando se trate de daños de caza procedente de estos terrenos será de aplicación lo previsto en la Ley o disposición especial que autorice su creación y, en su defecto, lo dispuesto en la legislación civil ordinaria (Arts. 33.3 de la Ley de caza de 1970 y 35.2 del Reglamento de 1971).

Si se tuviera que aplicar el régimen específico de responsabilidad establecido en los artículos 33 de la citada Ley de Caza y en el 35 de su Reglamento, ambos preceptos sancionan una responsabilidad de carácter objetivo (Sentencias del Tribunal Supremo 17 de Mayo de 1983 y 27 de Mayo de 1985); y así, el artículo 33 de la Ley de Caza citada establece que: "los titulares de los aprovechamientos cinegéticos, definidos en el artículo 6º de la Ley, serán responsables de los daños ocasionados por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados, subsidiariamente serán responsables los propietarios de dichos terrenos". Tal precepto hace recaer la responsabilidad sobre los titulares de aprovechamientos cinegéticos siempre que se den los dos presupuestos exigidos: la realidad del daño y la procedencia de las piezas causantes del daño de los terrenos acotados, debiendo partirse de un concepto amplio del término "procedencia".

En concreto y respecto de la Reserva Nacional de Caza Saja creada por la Ley 37/1966, de 31 de mayo, y cuyo funcionamiento se reglamentó en el Decreto 2.612/1974, de 9 de agosto, modificado parcialmente por Real Decreto 891/1979, de 26 de enero, el art. 10 del Decreto citado señala que a efectos de lo dispuesto en el art. 33 de la Ley de Caza de 1.970, se considerará al ICONA (ahora a la Comunidad Autónoma) como responsable de los daños sufridos por la caza existente en las Reservas. Posteriormente se reglamentó por el Decreto 137/2002, de 21 de noviembre, en cuyo art. 7 , y respecto las reclamaciones por daños, se establece que, "A efectos de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 1/1970, de Caza , y en el artículo 3.1 de la Ley 37/1966 sobre creación de Reservas Nacionales de Caza, se considerará al Gobierno de Cantabria como titular responsable de los daños producidos por la fauna silvestre existente en la Reserva.

Las reclamaciones que puedan producirse en relación con estos daños se presentarán ante la Dirección General de Montes y Conservación de la Naturaleza, siendo de aplicación lo prevenido en el Título X de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollado por el RD 429/1993, de 26 de marzo, que reglamenta los procedimientos en materia de

responsabilidad patrimonial y en el artículo 81 de la Ley 2/1997, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Diputación Regional de Cantabria".

Esta norma, alegada en la demanda del Sr. Eleuterio y seguros AXA fue derogada por el Decreto 15/2008, de 22 de febrero por el que se regulan las Reservas Regionales de Caza y que no contiene norma semejante.

A la fecha del accidente y de la reclamación de responsabilidad patrimonial resulta aplicable la Ley de Cantabria 12/2006, de 17 de julio, de Caza de Cantabria que crea las Reservas Regionales de Caza como uno de los tipos de terrenos cinegéticos. De acuerdo con el artículo 13 se definen como "zonas geográficamente delimitadas en las que coexisten elementos de alto valor ecológico y poblaciones de especies cinegéticas de singular importancia, y en las que el aprovechamiento cinegético está supeditado a la conservación de dichos elementos y poblaciones". El mismo precepto establece que la titularidad del aprovechamiento cinegético corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, que asumirá la gestión, administración, ordenación, planificación, regulación y gestión de los recursos cinegéticos y de la actividad cinegética.

En concreto el art. 63, al regular la responsabilidad por daños causados por especies cinegéticas establece que, "1. Los titulares cinegéticos serán responsables de los daños causados por las especies cinegéticas procedentes de sus terrenos cinegéticos. Cuando procedan de terrenos no cinegéticos, y salvo lo señalado en el apartado siguiente, se estará a lo dispuesto en la legislación civil.

2. La Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria responderá de los daños causados por las especies cinegéticas procedentes de Reservas Regionales de Caza, Cotos Regionales de Caza, Refugios Regionales de Fauna Cinegética y de los Vedados de Caza que se correspondan con terrenos incluidos en los espacios naturales protegidos o en el ámbito de presencia de especies amenazadas, en donde sus instrumentos de ordenación o planificación prohíban expresamente la actividad cinegética.

3. La responsabilidad a que se hace referencia en este artículo será exigible por las reglas de la legislación civil, salvo en el supuesto del apartado anterior en que se estará a lo dispuesto en el título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

4. Cuando no resulte posible precisar la procedencia de las especies cinegéticas respecto a uno determinado de los varios terrenos de los que pudieran proceder, la responsabilidad por los daños causados será exigible solidariamente a los titulares cinegéticos o propietarios de todos ellos.

5. En el supuesto de que la responsabilidad por daños a las personas o sus bienes fuera como consecuencia de accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas se estará a lo dispuesto en la [_HYPERLINK "http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l5-1997.html"](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l5-1997.html) Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial_".

La remisión a la ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial aprobada por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, impone que tengamos presente la Disposición Adicional novena, introducida por el apartado veinte del artículo único de la Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el texto articulado de la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial que, regula la Responsabilidad en accidentes de tráfico por atropellos de especies cinegéticas, y establece que, en accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas será responsable el conductor del vehículo cuando se le pueda imputar incumplimiento de las normas de circulación.

Los daños personales y patrimoniales en estos siniestros, sólo serán exigibles a los titulares de aprovechamientos cinegéticos o, en su defecto, a los propietarios de los terrenos, cuando el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado.

También podrá ser responsable el titular de la vía pública en la que se produce el accidente como consecuencia de su responsabilidad en el estado de conservación de la misma y en su señalización.

Esta norma ha sido posteriormente modificada por el apartado treinta del artículo único de la Ley 6/2014, de 7 de abril, que modifica el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el R.D. Legislativo 339/1990, de 2 de marzo que, da nueva redacción a esta disposición y establece que, "en accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas en

las vías públicas será responsable de los daños a personas o bienes el conductor del vehículo, sin que pueda reclamarse por el valor de los **animales** que irrumpen en aquéllas.

No obstante, será responsable de los daños a personas o bienes el titular del aprovechamiento cinegético o, en su defecto, el propietario del terreno, cuando el accidente de tráfico sea consecuencia directa de una acción de caza colectiva de una especie de caza mayor llevada a cabo el mismo día o que haya concluido doce horas antes de aquél.

También podrá ser responsable el titular de la vía pública en la que se produzca el accidente como consecuencia de no haber reparado la valla de cerramiento en plazo, en su caso, o por no disponer de la señalización específica de **animales** sueltos en tramos con alta accidentalidad por colisión de vehículos con los mismos".

Resulta evidente que la responsabilidad en esta concreta materia ha sufrido una profunda modificación que restringe los supuestos en los que resulta responsable el titular del aprovechamiento cinegético, limitación, con vigencia desde el 9 de mayo de 2014, que no es aplicable, por razón del tiempo, a la presente reclamación y que nos impone estar a los supuestos y en los términos previstos en la ley 17/2005, de 19 de julio.

NOVENO.- En el supuesto que se analiza existe prueba relativa al accidente sufrido en la carretera N-611, en el punto kilométrico 142,2 en sentido a Palencia, lugar en el que existe un coto privado de caza y una reserva regional, así como ha quedado acreditada la causa del accidente. El accidente se produjo por la irrupción de un **jabalí** en la calzada, sin que del atestado de la Guardia Civil pueda hablarse de infracción de normas por parte del conductor y sin que pueda acreditarse la "procedencia" del **animal**.

Se trata por tanto de analizar si concurren los requisitos que permitan estimar la reclamación patrimonial ejercitada derivada de los daños ocasionados por la irrupción de un **jabalí**.

Está acreditada la existencia de un daño, ocasionado al conductor y al pasajero de la moto accidentada, discutiéndose alguna de las partidas reclamadas y el importe de cada una de los conceptos reclamados.

En el presente caso, la relación de causalidad es evidente porque el daño se ha producido como consecuencia de la irrupción de un **animal** y así consta en el atestado de la Guardia Civil sin que exista, como consta en el mismo, infracción atribuible al conductor del vehículo.

De conformidad con los datos no controvertidos que obran en el expediente, al igual que consta en el atestado de la Guardia Civil, los terrenos colindantes con el p.k en el que ocurre el accidente, en el margen derecho, pertenecen a la Reserva Regional del Saja, y en su margen izquierdo, al club deportivo Básico Anjanés y aunque como describe el conductor del vehículo, y demandante, en su declaración, el **jabalí** saliera por el margen derecho, como asimismo hizo constar ante la Guardia Civil y así consta en el atestado realizado(folio 129), el **animal** en el término amplio de procedencia, no puede afirmarse con rotundidad que proceda de la reserva natural o que proceda del coto privado de caza.

Respecto de la Reserva de caza, que se reconoce por la Administración no vallada, es el mantenimiento de los **animales** en esta situación, sin cerramiento, que constituye una opción legítima de los poderes públicos, la que genera una situación de riesgo susceptible de causar daño que debe indemnizarse de no mediar un comportamiento de la víctima determinante en la producción del evento; en el presente caso no ha quedado acreditada ninguna circunstancia atribuible al conductor del vehículo que eliminara o redujera la responsabilidad de la Administración como titular del aprovechamiento cinegético.

Como establece el TSJ de Cantabria (s. de 6 Oct. 2000, rec. 780/1999), "debe concluirse que los daños, obviamente constatados, se produjeron como consecuencia directa de una actuación típica de los poderes públicos, constitutiva de un funcionamiento anormal de la Administración, en la medida en que fue creado un riesgo para la circulación, fuera de la esfera de la propia actuación pública.....manifestado posteriormente en un evento dañoso que, bajo ningún concepto, tienen obligación jurídica de soportar los ciudadanos frente a la Administración, que no dispuso de los medios necesarios, estáticos o de vigilancia, para hacerlo desaparecer o minimizar las consecuencias".

DECIMO.- El análisis de los supuestos que la norma hoy en vigor justifican la atribución de responsabilidad al titular del aprovechamiento cinegético, o dicho de otra manera, el título de imputación de responsabilidad, se sustenta en la DA 9 del RDLeg. 339/90, en la redacción dada por la Ley 17/05 , que limita los supuestos de responsabilidad a aquellos que sean consecuencia directa de la acción de cazar y al supuesto de falta de diligencia en la conservación del terreno acotado, dada la falta de vigencia de la reforma legislativa posterior operada por la Ley 6/14.

La prueba practicada pone de manifiesto que no puede derivarse la responsabilidad de la acción de cazar, dada la inexistencia de cacería programada, tal y como ha acreditado el Gobierno de Cantabria mediante informe del técnico de la sección de Protección de Fauna Salvaje de fecha 18 de febrero de 2012 (doc. 8 del expediente administrativo).

Resta por tanto analizar si en el presente puede hablarse de una falta de diligencia en los términos fijados normativamente, diligencia en la conservación de los terrenos y de las especies que en ellos puedan proliferar.

Haciendo nuestras las consideraciones realizadas en las Sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fechas 16 de marzo de 2011 y 8 de febrero de 2012, en relación a la responsabilidad del titular del aprovechamiento cinegético y en el análisis del supuesto de falta de diligencia en la conservación del terreno acotado, procede señalar los siguientes criterios de aplicación:

La mera presencia de una especie cinegética en la carretera o camino público no implica sin más una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado, que sería tanto como identificar la diligencia exigible con la garantía absoluta de evitar en todo caso la irrupción en la carretera de piezas de caza procedentes de aquél - baste pensar en las aves-.

Que no cabe forzar una interpretación maximalista de la norma más allá de los límites lógicos y razonables, ni establecer pues de antemano una suerte de diligencia exorbitante, en base a consideraciones meramente teóricas acerca de lo que ha de entenderse como diligencia en la conservación del terreno acotado.

Que el cumplimiento de las obligaciones administrativas (señalización del coto) y del plan cinegético (cupos de capturas) no puede exonerar automáticamente de una posible falta de diligencia en la conservación del acotado.

Que la inexistencia de cercado o vallado perimetral de los cotos en las zonas que afectan a la carretera no debe, en todo caso, asimilarse a dicha falta de conservación. Como establece la Sentencia de la AP de Soria de 29 de diciembre de 2006, "la existencia o no de un vallado en un terreno cinegético no es determinante en la correcta o incorrecta conservación del mismo, toda vez que el vallado sistemático de todos los terrenos cinegéticos provocaría una serie de consecuencias negativas sobre los propios terrenos cinegéticos -degradación del hábitat como consecuencia de una presión trófica excesiva-, sobre la fauna cinegética -alteración del comportamiento al interrumpir el paso de los **animales** hacia sus lugares de alimentación y descanso, impidiendo las rutas naturales de dispersión y migración de individuos, limitación del hábitat al impedir el acceso a una parte de su territorio para satisfacer sus necesidades esenciales, riesgos sanitarios y genéticos en aquellos lugares en que las poblaciones sean sometidas al hacinamiento, colisiones de aquellos **animales** que pretendan entrar o salir de las zonas cercadas-, además de determinar la fragmentación de los ecosistemas naturales e impactar negativamente en otros valores naturales".

Que la falta de diligencia en la adopción de medidas tendentes a impedir, dificultar o disuadir la irrupción en la calzada de especies cinegéticas, ha de ponerse en relación con las circunstancias del caso concreto. Expresamente en las sentencias antes referidas se señalan, "el nivel de proliferación de las especies, usos, costumbres y hábitat natural de las mismas, intensidad del trasiego de **animales** en libertad o frecuencia de accidentes por atropello en la zona afectada. Son estas circunstancias las que, en cada caso, deben determinar si son o no exigibles, y en qué intensidad, la adopción de medidas como el vallado, incluso parcial, que salven la movilidad de la fauna con pasos elevados o subterráneos; la limpieza, desbroce de vegetación y adecuación del terreno colindante con la vía pública en zonas de difícil visibilidad dirigidas a disuadir el cruce o acercamiento de los **animales** al tiempo que faciliten al conductor poder percatarse con mayor antelación de su presencia en las márgenes viarias; elementos acústicos que emitan ultrasonidos para ahuyentar a los mamíferos, señales lumínicas o reflectantes (reflejan la luz de los vehículos hacia los lados de las carreteras para ahuyentar a los **animales**), "ojos de **gato**" (dispositivos que captan energía durante el día y emiten parpadeos durante la noche), barreras de olor o repelentes olfativos (desprenden olores similares a los de los depredadores como el **lobo**), algunas de ellas de relativa eficacia ya que los **animales** pueden acabar acostumbrándose, de ahí que su aplicación (olfativos) esté preferentemente indicada para los períodos más críticos de migración o de celo; controles de especies cinegéticas para evitar su excesiva proliferación o multiplicidad desmedida como las ya dichas de aguardos y esperas nocturnas o batidas de control, también fuera del período hábil, así como, entre otras posibles medidas, autorizaciones excepcionales de caza en zonas de seguridad o sin que tengan efecto determinadas prohibiciones".

Por último, que en aplicación del principio de disponibilidad y facilidad probatoria, al actor le incumbe la carga de incorporar a los autos los datos relativos a la siniestralidad por esta causa y los que sobre el coto y sus especies cinegéticas obren en los Servicios Territoriales Autonómicos de Medio Ambiente, así como la ausencia de medidas visibles o aparentes, correspondiendo a la parte demandada acreditar qué medidas ha adoptado, o intentado adoptar, así como la justificación de la elección por unas en defecto de otras de entre las posibles, y su razonabilidad y suficiencia al fin pretendido. Criterio de disponibilidad y facilidad probatoria adoptado por la AP de Cantabria, por todas en la sentencia de 7-5-08 .

La aplicación de los anteriores criterios al caso presente conlleva que con la normativa aplicable al supuesto que nos ocupa, proceda la estimación de la reclamación patrimonial, puesto que aunque se informe que el vallado perimetral de la reserva sea irrealizable por las razones que constan en el informe emitido por el perito Don Melchor , Doctor en biología y jefe de servicio de conservación de la naturaleza (aportado como doc. 3 con el escrito de contestación a la demanda en PO 339/13), no se han acreditado las medidas adoptadas que evidencien la diligencia necesaria por el titular del aprovechamiento. No consta la adopción de medidas para la acotación de terrenos en puntos de colindancia con carreteras o zonas de paso o habilitación de zonas de tránsito que eviten que los **animales** crucen las carreteras, máxime cuando del informe del perito antes citado se acredita, la expansión demográfica de esta especie cinegética, existencia de tres accidentes en el p.k. 140 (distante a 2 Km del lugar en el que sucede el accidente que nos ocupa).

Resta por analizar si además de responder el titular de la Reserva de Caza, en nuestro caso la Administración de la Comunidad Autónoma, debe responder el titular del coto, y su aseguradora, demandados a instancias de Don Eleuterio y Seguros Axa. A estos efectos es de resaltar que sobre la interpretación de la DA 9 de la Ley 17/2005 , el TS ha dictado la reciente sentencia de 9 septiembre 2014, Rec. 1955/2012 , que fija como doctrina casacional que, la diligencia en la conservación del terreno acotado, establecida en la disposición adicional 9.ª de la Ley sobre Tráfico , Circulación de Vehículos y Seguridad Vial, debe ser la propia del aprovechamiento cinegético solicitado, debiendo existir conexión entre la presencia del **animal** y el aprovechamiento, de forma que sólo si el coto hubiera tenido un aprovechamiento cinegético autorizado de caza menor, sin conexión por tanto entre el **animal (jabalí)** y el aprovechamiento autorizado, no podría concluirse que tuviera obligación de cautela respecto de las piezas de caza mayor que no se incluían en el aprovechamiento autorizado, salvo en este caso que constase que esporádicamente se desarrollase actividad de caza mayor.

No acreditándose por el titular del coto la ausencia de conexión, no queda ajeno a la obligación de cautela que se incluye en esta DA 9, lo que conlleva la responsabilidad por ello del titular del coto y su aseguradora, responsabilidad que es de carácter solidaria, tal y como se plasma en el art. 63 de la Ley de caza de Cantabria y se limita exclusivamente a la pretensión ejercitada por Don Eleuterio y la aseguradora AXA, respecto de los daños reclamados por estos, con los límites y franquicia establecidos en la póliza aportada.

DECIMOPRIMERO.- Respecto de las cuantías reclamadas por los demandantes, para determinar la indemnización que debe corresponder hay que atender a los siguientes criterios:

En primer lugar, la indemnización debe incluir daños y perjuicios sufridos hasta conseguir la indemnidad del derecho subjetivo o del interés lesionado, es decir, el principio de reparación integral.

En segundo lugar, hemos de partir de la base de que el Baremo de accidentes de circulación tiene solamente un valor orientativo y no vinculante en esta jurisdicción, por lo que nada se opone a que pueda tomarse con ese valor orientativo, pero sin vinculación obligatoria alguna.

Además que a los efectos de los efectivos perjuicios sufridos por el interesado hay que tener en cuenta las concretas circunstancias personales, familiares y sociales.

Por último que, en caso como el presente en el que ha sido reconocida una pensión del sistema, en nuestro caso, una pensión de Incapacidad Permanente Absoluta en grado de Gran Invalidez, tiene reiteradamente establecido por el Tribunal Supremo que si bien es cierto que los títulos a que responde el reconocimiento de una pensión , en aquel caso de clases pasivas, son distintos de los que resultan del reconocimiento de indemnización por responsabilidad de la Administración cuya finalidad de la cantidad asignada por vía de indemnización de daños y perjuicios es la de conseguir la plena indemnidad de la víctima, que no se alcanzaría con el percibo de las prestaciones prefijadas en las normas sectoriales, ello no impide que, se tome en consideración en el momento de fijar la indemnización, la circunstancia evidente del reconocimiento de unas pensiones, en aquel caso también de gran Invalidez y por tanto complementada, y reitera "que la compatibilidad de la indemnización con la pensión percibida no impide que la cuantía de esta última se tome en consideración a la hora de fijar la indemnización correspondiente" . Así lo ha entendido la

jurisprudencia de esta Sala recogida en sentencias de 2 de marzo , 20 de mayo y 28 de noviembre de 1.995 , 17 de abril y 12 de mayo de 1.998 , 5 de febrero , 2 de marzo y 10 de abril de 2.000 y 29 de junio de 2.002 y 1 de febrero de 2.003 , 7 de diciembre de 2005 .

Las reglas anteriores deben completarse con las conocidas relativas a la necesidad de acreditar, por quien reclama la existencia de los daños materiales. Respecto de los daños morales, si bien no hay razón legal que impida que los daños morales puedan cuantificarse con independencia de las indemnizaciones por lesiones, que, por ello, no los engloban ni incluyen, los mismos exigen prueba acreditada de la razón por la que se reclaman.

DECIMOSEGUNDO.- Procede analizar de forma detallada las cuantías reclamadas por cada uno de los demandantes. El Sr. Eleuterio reclama por los siguientes conceptos, días de incapacidad temporal, indemnización por secuelas, daños en la moto y en el traje y finalmente daños morales.

De estos conceptos y de conformidad con los parámetros interpretativos fijados en el apartado precedente, procede reconocer al Sr. Eleuterio en concepto de días de incapacidad temporal, habiendo fijado que los mismos fueron 281 la cuantía de 55#, 42# y 30# según sean de ingreso hospitalario (6), impeditivos (120) o no impeditivos (155) tal y como fijó esta Sala en su sentencia de fecha 18 de noviembre de 2010 dictada en AP 154/10. Ascendiendo a 10.020#.

Respecto de los daños por secuelas, las mismas deben fijarse, de conformidad con el perito judicial, Sr. Eugenio en 2 puntos incluidas en ellos las físicas y estéticas. A tal conclusión llegamos si tenemos en cuenta la entidad y situación de la cicatriz (no patológica y en el dorso de la mano), que deben ser indemnizados a razón de 686,82 por punto, es decir por 1.373,64#. Los daños de la moto, de conformidad con la prueba pericial judicial practicada (Ingeniero Técnico Industrial Sra. Laura), asciende a 9.990#, importe al que no puede adicionarse ni accesorios ni extras, aquellos por estar incluidos en el modelo del vehículo y estos por no quedar acreditados por quien los reclama, sin que tampoco pueda ser aplicable la Orden HAP 2724/2012, como pretende el Letrado del Servicio Jurídico del Gobierno de Cantabria, prevista para la tributación del ITP y AJD.

Los daños morales del Sr. Eleuterio no podrán ser indemnizados, porque tal y como opone el Letrado del servicio jurídico del Gobierno de Cantabria no han quedado acreditados, tan solo acredita estar empadronado en la misma vivienda con la Sra. Benita desde el 4-4-13 (folio 161), sin alegar ni probar la incidencia en su vida personal, ni procede se aplique factor de corrección alguno.

En consecuencia la cantidad que procede reconocer el Sr. Eleuterio asciende a 21.363,64#.

Respecto de los daños reclamados por Seguros Axa, deberán ser resarcidos los realizados y que sean consecuencia del accidente sufrido por la lesionada. Así correspondiendo a quien reclama la fijación del nexo causal con los daños sufridos por la Sra. Benita , y no habiéndose cumplido en aplicación de las reglas previstas en el art. 217 de la LEC , deberán ser descontados los conceptos reclamados por medias ortopédicas de prevención (35#) y los facturados por el centro de atención domiciliaria Calidad de vida, referidos estos a tiempos de ingresos hospitalarios, también incluidos y facturados (3.402# y 1.697,76#). Tampoco procede el reconocimiento de las cantidades que se dice adelantadas a la Sra. Benita , como o por adelanto de secuelas (100.000#), al haber sido las mismas directamente reclamadas por la Sra. Benita y ello sin perjuicio de las acciones que entre los demandantes procedan.

En consecuencia las cantidades que procede reconocer a la Aseguradora AXA ascienden a 167.753,24#.

De estas cantidades, tal y como ha sido reclamado en el escrito de demanda, responden de forma solidaria el Gobierno de Cantabria y el coto privado de caza Club Deportivo Básico Las Anjanas, este a su vez asegurados por Seguros Caser, respecto del que cabe acoger lo alegado en cuanto a la limitación de la cobertura y la franquicia y ello a la vista de las condiciones particulares del seguro aportado y como se indica en su contestación. Responde por ello hasta el límite máximo de la cantidad asegurada, 150.250,00#, y con la franquicia máxima de 150#.

DÉCIMOTERCERO.- La Sra. Benita reclama por los daños sufridos las cantidades correspondientes a días de incapacidad temporal, que se concretan asumiendo los fijados en el informe pericial, en 365, de los cuales 178 se fijan de ingreso hospitalario y el resto impeditivos. Estos días que según se ha indicado en el apartado undécimo se valoran a razón de 55 y 42 euros /día respectivamente, justifican el reconocimiento de 17.644#.

Respecto de los daños por secuelas, las secuelas que se dice por la representación de la Sra. Benita que proceden que sean indemnizadas y que se concretan en la demanda son: hemiparesia izquierda moderada, trastorno orgánico de la personalidad, paresia del III par craneal izquierdo y heminopsia y su existencia ha quedado acreditada. La dificultad de su valoración viene dada por la existencia de hasta cuatro informes que valoran las secuelas en función del baremo previsto en el RDL 8/04, por ello se acoge la valoración que de las mismas ha realizado el perito judicial en este procedimiento otorgando los siguientes puntos 30-30-10 y 35 y que según la aplicación de la fórmula prevista para las incapacidades concurrentes determina una valoración de 73 puntos, y acogiendo la tabla propuesta por la demandante, se fija el importe de cada punto en 2.241,63#, por lo que la cantidad que por secuelas físicas corresponde a la Sra. Benita asciende a 163.638,99#.

A estas deben ser sumadas las correspondientes a los perjuicios estéticos que, tomando los fijados por el perito judicial, que coincide con las reclamadas, procede concretar en 25 puntos que según la valoración realizada y reclamada en la demanda asciende a 30.417,5#.

No procede el reconocimiento de los denominados otros gastos al no acreditarse la conexión de los mismos con las consecuencias de la lesionada y que se indican corresponden a gasolina, farmacia etc....

Tampoco procede el reconocimiento de cantidad alguna en concepto de adecuación de la vivienda que no se ha acreditado haya sido realizada, tampoco los reclamados por daños morales de familiares que no se individualizan ni acreditan.

Resulta evidente que la reclamante ha sufrido daños morales tras las graves consecuencias que el accidente le ha ocasionado y que ha dado lugar a que le haya sido reconocida una pensión de Incapacidad Permanente Absoluta en grado de Gran Invalidez, una minusvalía del 81%, así como que haya precisado el nombramiento de un curador. De ahí que proceda reconocer como factor de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes en concepto de daños morales, que incluye los derivados de la necesidad de ayuda de tercera persona, ponderando la edad de la víctima el grado de incapacidad para realizar las actividades más esenciales de la vida y el resto de las circunstancias concurrentes entre las que consta la percepción de una prestación del sistema de la seguridad social por importe mensual de 2.316,30# a la que se adiciona un complemento mensual de 1.042,34#, y que se cuantifican en 150.000#.

En consecuencia la cantidad que por todos los conceptos corresponde a la Sra. Benita asciende a 361.700,49#.

DECIMOCUARTO.- Las cantidades reconocidas devengarán intereses desde la fecha, no del siniestro como se reclama por el Sr. Eleuterio y seguros Axa, sino desde la fecha de la reclamación administrativa, lo que tiene lugar en las fechas 16 de enero de 2012 (respecto de la formulada por el Sr. Eleuterio y seguros Axa) y 22 de diciembre de 2011 (respecto de la interpuesta por la Sra. Benita). El reconocimiento de los intereses son precisos para otorgar una tutela judicial plena a los recurrentes al responder a los perjuicios derivados del transcurso del tiempo hasta el pago por la Administración, tal y como resulta del art. 141-3 de la ley 30/92, de 26 de noviembre y art. 24 de la Ley General presupuestaria, así como responde al principio de resarcimiento pleno previsto en los arts. 139 de la Ley 30/92 y 121 de la Ley de expropiación forzosa. Intereses que lo serán según referencia al tipo legal del dinero y desde la fecha de la reclamación, como antes se ha indicado.

DECIMOQUINTO.- De conformidad con el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por la estimación parcial de la demanda formulada frente al Gobierno de Cantabria, el coto privado de caza Club Deportivo Básico Las Anjanas y Seguros Caser, no procede la condena al pago de las costas procesales.

Sin embargo la desestimación de las pretensiones instadas por Don Eleuterio y seguros AXA frente a la Administración del Estado, impone, por aplicación del art. 139 de la LJCA, la condena en las costas procesales por la intervención de la Abogacía del Estado en defensa y representación de la Administración del Estado (Demarcación de carreteras) demandada. La representación del Sr. Eleuterio y seguros Axa, en el escrito de conclusiones, reclama que no le sean impuestas las costas procesales, alegando que se desconocía el coto al que pertenecía el **jabalí** y que el analizado es un caso que presenta serias dudas de hecho y de derecho "en atención a las circunstancias concurrentes y al resultado de la actividad probatoria". Tal alegación no puede estimarse puesto que fue la misma representación la que instó la duplicidad de reclamaciones frente a la Administración del Estado ante este Tribunal y ante la A. Nacional, razón por la que sólo a ella le corresponden las consecuencias de la llamada improcedente a este procedimiento de la Abogacía del Estado.

VISTOS.- Los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos parcialmente las demandas interpuestas por SEGUROS AXA, por Don Eleuterio y por Doña Benita , declarando la procedencia de ser indemnizados en la cuantía fijada en los fundamentos decimotercero y decimocuarto de la que resulta responsables:

a) el Gobierno de Cantabria en la cuantía de 361.700,49# por los daños sufridos por la Sra. Benita y,

b) de forma solidaria el Gobierno de Cantabria y el coto privado de caza Club Deportivo Básico Las Anjanas (asegurada por Seguros Caser hasta el límite por esta fijada en la póliza de seguros) de forma solidaria por los daños sufridos y reclamados por el Sr. Eleuterio (que asciende a 21.363,64#) y los reclamados por Seguros AXA (que ascienden a 167.753,24#).

Las cantidades señaladas devengarán el interés legal del dinero desde la fecha de la reclamación administrativa, 16 de enero de 2012, en las cantidades reconocidas al Sr. Eleuterio y Seguros Axa, y desde el 12 de diciembre de 2011, en la cantidad reconocida a la Sra. Benita y todo ello sin expresa condena en costas.

Se procede a desestimar la demanda interpuesta por el Sr. Eleuterio y la aseguradora AXA frente a la Abogacía del Estado, y se les impone la condena de las costas correspondientes a la Abogacía del Estado al haber sido desestimadas las pretensiones respecto de ésta.

Así, por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes con expresión de los recursos que en su caso procedan frente a ella, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR FORMULADO POR María Esther Castanedo García

En Santander a siete de enero de 2015.

En fecha 2 de enero de 2015, se dictó en esta Sala sentencia en el procedimiento ordinario nº 274/2013. Como Magistrada de la Sala no estoy de acuerdo con el criterio que mis compañeros acogen en los fundamentos de derecho décimo primero y décimo tercero de la sentencia, y por eso expongo mi voto particular en el siguiente sentido:

Partiendo de la premisa constitucional del artículo su artículo 106.2 que "los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos", concluimos que el tema de la responsabilidad es como dijera Hauriou y entre nosotros recuerda Martín Rebollo uno de los pilares fundamentales, junto con el sistema contencioso-administrativo, en la construcción del Derecho administrativo como un Derecho garantizador.

Por lo anterior, discrepo del hecho de que con respecto a la Sra. Benita no se aplique el máximo de indemnización por daños morales por ella solicitada. Mi conclusión particular es la contraria y para ello me baso en lo siguiente:

1º.- La diferente naturaleza de las indemnizaciones administrativas y sociales. Para el derecho administrativo, la total reparación del daño debe ser el objetivo a cumplir por la indemnización. No basta con que el Estado en su deber asistencial reconozca una pensión a una persona (como se la reconocería a cualquiera con las mismas circunstancias físicas), resulta que esta situación personal a la que ha llegado la Sra. Benita , no es consecuencia de una enfermedad y se satisfaga asistencialmente con el reconocimiento de una pensión, sino que es consecuencia de un accidente sufrido sin culpa, por lo que además de reconocerle una pensión asistencial por la Seguridad Social, por las circunstancias personales que sufre, se le debe indemnizar también la causación de esta situación que la lleva a depender para la realización de actividades propias de la vida cotidiana de una tercera persona. Sin entrar en el modo de cuantificación de esta indemnización, y remitiéndonos al criterio general de la Sala Tercera: A la hora de efectuar la valoración, la Jurisprudencia (SSTS 20 de octubre de 1987 ; 15 de abril de 1988 ó 5 de abril y 1 de diciembre de 1989) ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la STS 3 de enero de 1990 , derive de una apreciación racional aunque no matemática pues, como refiere la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 27 de noviembre de 1993, se carece de parámetros o módulos objetivos, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo, como hace la S 23 de febrero de 1988, las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria. La reciente STS de fecha 19 de Julio de 1997 habla de la existencia de un innegable componente subjetivo en la determinación de los daños morales.



2º.- El daño es efectivo y real, se trata del perjuicio moral que supone no poder valerse por sí misma para la realización de actividades diarias cotidianas. Se trata de un concepto diferente al de pago de los gastos efectivos que supone contratar a una tercera persona para que ayude a la Sra. Benita a realizar los mismos actos, que es el fundamento y fin de la pensión reconocida por la Seguridad Social. Por lo que nos encontramos con un daño indemnizable de modo individualizado y en concurrencia con la pensión asistencial de Gran Invalidez que se le ha reconocido a la Sra. Benita por la Seguridad Social con base a su estado físico y no como indemnización por haber sufrido un accidente de motocicleta.

3º.- La Ley no establece qué conceptos deben integrar la indemnización. Mas no hay duda que tiene que la extensión de la obligación de indemnizar responde, según se deduce de lo dispuesto en los arts. 106.2 CE y 139.1 de la Ley 30/1992, cita al principio de la reparación integral de todos los daños sufridos. De ahí que la reparación afecta a todos los daños alegados y probados por el perjudicado, esto es, no sólo a los posibles intereses económicos o directamente valuables, como el daño emergente o el lucro cesante - art. 1106 CC -, aunque excluyendo las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, sino comprendiendo también perjuicios de otra índole, como, por ejemplo, las secuelas o el daño moral o, con carácter más general, el denominado **pretium doloris** (SSTS 16 de julio de 1984 ; 7 de octubre o 1 de diciembre de 1989), concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados (SSTS 23 de febrero de 1988 y 10 de febrero de 1998), pues indemnizar significa, justamente, compensar al perjudicado económicamente para restaurar la integridad de su patrimonio.