

Roj: STS 2577/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2577
Id Cendoj: 28079110012016100359
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 823/2014
Nº de Resolución: 370/2016
Procedimiento: Casación
Ponente: ANGEL FERNANDO PANTALEON PRIETO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 3 de junio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.^a Reyes y D. Narciso, representados por la procuradora D.^a Marta de la Paz Martínez de la Vega bajo la dirección letrada de D. Manuel Junquera del Busto, contra la sentencia dictada el 24 de abril de 2013 por la Sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Gijón en el recurso de apelación núm. 521/2012 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1108/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Gijón, sobre reclamación de cantidad. Ha sido parte recurrida Mantenimiento de Infraestructuras S.A., representada por el procurador D. Florencio Aráez Martínez y bajo la dirección letrada de D. Aurelio Marín Calvo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Pantaleon Prieto

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.^a Marta de la Paz Martínez de la Vega, en nombre y representación de D. Narciso y D.^a Reyes, interpuso demanda de juicio ordinario contra Mantenimiento de Infraestructuras S.A. (MATINSA), en la que solicitaba:

«...dicté sentencia por la que se condene a la referida demandada Mantenimiento de Infraestructuras S.A. (MATINSA), a pagar a D. Narciso la cantidad de 22.539,12 € (Veintidós mil quinientos treinta y nueve euros con doce céntimos de euro), y a D.^a Reyes la cantidad de 23.691,05 € (Veintitrés mil seiscientos noventa y un euros con cinco céntimos de euro); más los intereses establecidos en el Fundamento de Derecho VII, desde la fecha en que MATINSA contesta desestimando la reclamación que se le hace, en concreto desde el 26 de julio de 2010, hasta su completo pago y con imposición de costas a la demandada».

2.- La demanda fue presentada el 26 de octubre de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Gijón y fue registrada con el núm. 1108/2011. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a Jimena Fernández-Mijares Sánchez, en representación de Mantenimiento de Infraestructuras S.A. (Matinsa) contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«se dicte Sentencia en su día por la que se desestime íntegramente la demanda, con la correspondiente absolución de mi representada MATINSA, y se condene a los demandantes al pago de las costas procesales causadas».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Gijón dictó sentencia de fecha 11 de mayo de 2012, con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando en parte la demanda formulada por la procuradora Marta de la Paz Martínez de la Vega, en nombre y representación de D. Narciso y D.^a Reyes contra la empresa Mantenimiento de Infraestructuras S.A. (Matinsa), debo condenar y condeno a la demandada a abonar a D. Narciso la suma de 17.993,37 euros y a D.^a Reyes la cantidad de 23.691,05 euros más intereses legales derivados de su constitución en mora

desde la fecha de interposición de la demanda, sin imposición a la parte demandada de las costas causadas en su sustanciación».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Mantenimiento de Infraestructuras S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Gijón, que lo tramitó con el número de rollo 521/12 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 24 de abril de 2013 , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Estimar el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. Fernández-Mijares Sánchez en nombre y representación de Mantenimiento de Infraestructuras S.A. contra la sentencia dictada el 11 de mayo de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Gijón en los autos de juicio ordinario n.º 1108/2011, que se REVOCA, y, en consecuencia, desestimar como desestimamos la demanda formulada por la procuradora Sra. Martínez de la Vega en nombre y representación de D. Narciso y Dña. Reyes , debemos absolver y absolvemos a la entidad demandada de las pretensiones deducidas en su contra, sin realizar expresa imposición de las costas procesales de la instancia ni las de esta alzada».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- La procuradora D.^a Marta de la Paz Martínez Vega, en representación de doña Reyes y de don Narciso , interpuso recurso de casación.

Los motivos de este recurso fueron:

«MOTIVO ÚNICO: Al amparo de lo dispuesto en el número 3.º del apartado 2 del art. 477 LEC , denunciando la violación del artículo 1.902 del Código Civil , presentando interés casacional la resolución del recurso, a tenor de lo previsto en el art. 477.3 LEC .».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 11 de febrero de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«ADMITIR el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Reyes y D. Narciso contra la sentencia dictada con fecha de 24 de abril de 2013 por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7.^a), en el rollo de apelación n.º 521/2012 , dimanante del juicio ordinario n.º 1108/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Gijón».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 5 de abril de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 10 de mayo de 2016 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Hacia las 20 horas del 10 de mayo de 2010, en el PK 11,6 de la autovía A66, a la altura de Serín en dirección a Gijón, el turismo conducido por su propietario, don Narciso , y que también ocupaba doña Reyes , colisionó con un **jabalí** que irrumpió en la calzada.

Doña Reyes y don Narciso interpusieron demanda contra la compañía concesionaria del servicio de mantenimiento y conservación de la autovía, «Mantenimiento de Infraestructuras, S.A.» (Matinsa), pidiendo que ésta fuera condenada a indemnizar a cada uno de ellos los daños y perjuicios derivados de las lesiones que respectivamente sufrieron a consecuencia del referido accidente. En la fundamentación jurídica de fondo de la demanda, se lee:

«Se ejercita la Acción de Responsabilidad Extracontractual o Aquiliana, del art. 1.902 del C. Civil y concordantes, al cumplirse los tres requisitos exigidos por la Doctrina y Jurisprudencia, para su éxito, a saber, una acción u omisión culposa, un daño o perjuicio y una relación causal entre ambos [...]

»También es de aplicación la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, en especial la Interpretación que realiza la Sección Séptima de la A.P. de Oviedo, con sede en Gijón, de su

Disposición Adicional Novena, introducida por el Apartado Veinte del Artículo único de la Ley 17/2005 de 19 de Julio y se modifica el Texto Articulado de dicha Ley».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Gijón estimó parcialmente la demanda. En su sentencia, fundamentó la declaración de responsabilidad de Matinsa del siguiente modo:

«La SAP de Asturias, sección 4.^a de 27-10-11 , con cita de otras sentencias de esa misma Audiencia de la Sección 5.^a de 25 de marzo , 25 de mayo y 25 de junio de 2007 y 24 de abril de 2009 , o las dictadas por esa misma Sección de 26 de mayo de 2010 y 17 de febrero de 2011 , reconoce la obligación de las empresas concesionarias del mantenimiento de las vías públicas de asegurar que se encuentren en un estado que garantice una circulación fluida, rápida y con el menor riesgo posible; obligación que debe exigirse con un rigor más extremo en el caso de autopistas y autovías por la mayor velocidad y condiciones de seguridad que permiten, razonando que la irrupción y presencia de **animales** en el interior de la calzada es evidentemente contraria a esas condiciones mínimas que debe reunir para la circulación de vehículos y que al producirse con relativa frecuencia, al menos en el ámbito de esta Comunidad, no cabe calificar tales hechos como imprevisibles. A consecuencia de ello se sostiene que será quien tiene a cargo la obligación de mantener en buen estado esas vías, quien deberá acreditar cumplidamente que agotó la diligencia para evitar esta clase de sucesos, y ello en aplicación del principio general de que ha de ser el que se beneficia de una determinada explotación que entraña un riesgo el que ha de correr con las consecuencias perjudiciales que origine y de la regla sobre carga de la prueba que atribuye ésta a quien dispone de mayor facilidad probatoria (art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En este mismo sentido, la Sentencia dictada por la Sección 7.^a de fecha 21-11-11 , con cita de la de 1 de octubre de 2010 , que a su vez cita las de 4 de junio de 2010 y 14 de mayo de 2010 , reconoce la objetivación de responsabilidad predicable en supuestos como el presente, fiel reflejo del deber impuesto a la concesionaria de mantener la autopista en condiciones expeditas y sin riesgo, ya que esa es la finalidad que asume en virtud del contrato con la Administración que le reporta beneficios, de modo que como se señalaba en sentencia de 30 de mayo de 2008 , no cabe afirmar el cumplimiento del deber de diligencia específico por el hecho de haber llevado a cabo la vigilancia horas antes sin detectar ningún problema, pues es la empresa la encargada, dentro de las labores de mantenimiento y conservación que contractualmente asuma, de acometer todas y cada una de las labores precisas para evitar esa circunstancia, concluyendo una omisión culposa directamente imputable a la demandada, como se recoge en la sentencia de 20 de noviembre de 2008 , por la presencia del **animal** en la calzada, cuando es su obligación poner todos los medios a su alcance para evitar la existencia de obstáculos de este tipo en la vía, máxime en el caso de una autovía, no siendo la parte actora la obligada a probar que la demandada incurrió en una falta de cuidado, vigilancia y mantenimiento de los elementos de seguridad que eviten la entrada de **animales** en la autovía, descartando que la irrupción del **jabalí** en la autovía sea debida a caso fortuito, pues la demandada obtiene un lucro de una actividad claramente generadora de riesgo objetivo, cual es el adecuado mantenimiento y conservación de la vía, lo que determina una indudable inversión del "*onus probandi*" , y ella es la única obligada a probar que no tuvo ninguna responsabilidad en la irrupción del **animal** en la vía. Por otra parte, y en cuanto a la posible entrada del **animal** por alguna zona de acceso a la autovía que carece de vallado, en la sentencia de esa misma Sección de 4 de febrero de 2008 , no se consideraba que ello eximía de responsabilidad a la concesionaria del servicio de mantenimiento, pues si en ese tipo de enlaces no hay vallado, habrá de adoptar en ellos otras medidas, o una mayor vigilancia, tendentes a evitar la entrada de **animales** por esos lugares a la autopista, y, en otro caso, responder de los daños que estos causen a los usuarios de la vía, pues, la entrada de **animales** por dichos accesos no es, en modo alguno, un suceso totalmente imprevisible, ni tampoco inevitable.

»Desde tales consideraciones, y en lo que atañe a los elementos de prueba aportados, obra en autos informe emitido al día siguiente del accidente por el Técnico Coex, Eulogio , tras inspeccionar en ambos sentidos de circulación la vía A-66/ A-88, desde el p.k. 390 + 000 de la A-8, que enlaza con la A-66 en su p.k. 11, hasta el p.k. 13 + 000 de la A-66. En el citado informe se constata que ambas vías disponen de cierre perimetral en todo el enlace con perfecto estado de conservación de la malla cinegética en todo el perímetro, sin advertir deterioros u oquedades, descartándose que la entrada del **animal** haya podido producirse por los enlaces más próximos con vías secundarias, localizados en el p.k. 390 + 000 de la A-8 (a 8.500 metros de la colisión) y p.k. 22 + 300 de la A-66 (a 11 km. de la colisión), por la larga distancia existente entre éstos y el lugar del accidente, por lo que se concluye que el **jabalí** tuvo que acceder a la vía por el p.k. 401 + 800 de la A-8 (a 2.500 metros del accidente), coincidente con las obras del ramal de acceso a la Estación de Servicio de "El Montico" y al enlace con la AS-19, al haberse retirado el vallado por la empresa ejecutora de las mismas. Además, por la declaración del citado testigo y de los integrantes del servicio de vigilancia de la demandada resulta acreditado que al margen de la revisión mensual que realiza la empresa, se realiza más de una revisión diaria en ambos sentidos de la circulación, utilizando para ello un vehículo que circula

a unos 50 km. de velocidad, constando probado que en el día del suceso, tal como resulta de los partes de revisión diaria, se realizó horas antes del siniestro, un recorrido de vigilancia por la calzada izquierda desde el p.k. 11+000 hasta el 29+000 y por la calzada derecha entre las 16.01 y 16.12 horas y con posterioridad al accidente ocurrido sobre las 20.00 horas, un nuevo recorrido por la calzada izquierda desde las 20.42 hasta las 20:46 horas y nuevamente desde las 21.20 hasta las 21.43 horas, lo que fue ratificado por el trabajador que realizó esa tarea en el acto del juicio. Por otra parte, como resulta del informe remitido en periodo probatorio, por el Ingeniero Jefe del Servicio de Conservación y Explotación de la Demarcación de Carreteras del Estado, la demandada viene desarrollando labores de planificación y estudio a través de sus Técnicos Coex, desde el mes de diciembre de 2009, con objeto de requerir a los Cotos de Caza para que adopten medidas oportunas a fin de evitar incursiones de **animales** en la calzada, estudiando medidas adicionales al vallado como la instalación de pasos canadienses o de señales P-24.

»Ahora bien, lo anterior no ha de suponer que la empresa haya agotado en el caso de autos todas las prevenciones necesarias para evitar la invasión de **animales** en la autovía pues no sólo la prueba practicada revela que no hubo vigilancia próxima al momento de ocurrir el siniestro, sino horas antes del mismo, por lo que no consta el desarrollo de un deber de vigilancia suficiente para impedir la producción del daño y garantizar las adecuadas condiciones de circulación en la vía, sino por cuanto, aun descartada la entrada del **jabalí** por los nudos de enlace más próximos por la distancia entre éstos y el lugar de colisión que hubiera determinado que el **animal** hubiera podido ser localizado durante el tiempo que tardase en recorrer esa larga distancia, y que la misma justifica que carece de competencia en cuanto al vallado de esas zonas, existe un elemento esencial que no puede ser obviado y éste es que la demandada conocía que existía un punto adicional de riesgo que era la zona donde se estaban realizando obras en la que se había retirado el vallado, circunstancia que es claramente de su competencia, y que aún de ser cierto que nada pudiera hacer para la reposición del vallado, no prueba haber extremado las precauciones y vigilancia en esa zona, lo que lleva a la exigencia de responsabilidad, pues no existe elemento o conducta de terceros susceptible de romper el nexo causal, en tanto en cuanto la empresa encargada de la ejecución de obras en la Estación El Montico, no tiene encargadas tareas de conservación ni mantenimiento de la Autovía A-66 a diferencia de la demandada y ni siquiera la posible existencia de caso fortuito puede considerarse como causa de exoneración en tanto en cuanto la irrupción de **animales** salvajes en la vía no puede calificarse como un suceso imprevisto, máxime por cuanto como resulta del informe emitido en periodo probatorio por la Demarcación de Carreteras del Estado, el p.k. 11,600 de la Autovía A-66, atraviesa el Coto Regional de Caza de Llanera, por lo que el acceso de **animales** procedentes del Coto a la calzada no puede reputarse como un suceso imprevisto, imprevisible e inevitable para la empresa demandada».

El recurso de apelación interpuesto por Matinsa contra la sentencia del Juzgado fue estimado por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias, que revocó dicha sentencia y desestimó la demanda. A tal efecto, la Audiencia declaró:

«En el supuesto que nos ocupa, ha quedado acreditado que el vehículo conducido por D. Narciso colisionó contra un **jabalí** que había irrumpido en la autopista, sin que conste que el vehículo circulase a excesiva velocidad, ni infringiera precepto alguno de la circulación, ni que fuese de algún modo previsible la irrupción del **jabalí** en la calzada.

»Alega la parte demandada ahora apelante a fin de eximirse de responsabilidad que la malla cinegética se encontraba en perfecto estado, que el **jabalí** tuvo que acceder a la vía por el PK 401+800 coincidente con las obras del ramal de acceso a la estación de servicio de "El Montico"; que Matinsa realiza más de una revisión diaria en la calzada, en ambos sentidos de circulación; desarrollando labores de planificación y estudio con objeto de requerir a los cotos de caza para que adopten medidas oportunas a fin de evitar incursiones de **animales** en la calzada.

»En este caso, la omisión culposa que podría imputarse a la demandada, como se recoge en la sentencia de esta Sala de 20 de noviembre de 2008 "viene determinada por la presencia del **animal** en la calzada, cuando era su obligación poner todos los medios a su alcance para evitar la existencia de obstáculos de este tipo en la vía, máxime cuando se trata de una autovía, pues tendría que haber demostrado la apelante que el **animal** accedió a ella por causa que no le fuese imputable, y no lo ha hecho, de modo que, en contra de lo que sostiene la apelante, no era la parte actora la obligada a probar que la demandada incurrió en una falta de cuidado, vigilancia y mantenimiento de los elementos de seguridad que eviten la entrada de **animales** en la autovía, ni cabe entender, en este caso, que la irrupción del **jabalí** en la autovía fuese debida a caso fortuito, pues la demandada obtiene un lucro de una actividad claramente generadora de riesgo objetivo, cual es el adecuado mantenimiento y conservación de la vía, lo que determina una indudable inversión del "onus

probandi" , y ella era "la única obligada a probar que no tuvo ninguna responsabilidad en la irrupción del **animal** en la vía" .

»La ausencia de culpa en el conductor del vehículo no determina por si sola la responsabilidad de la demandada, pues hemos de examinar si en el cumplimiento de su obligación de mantener la vía libre de obstáculos y en las debidas condiciones de seguridad para los vehículos que circulen por ella, llevó a cabo alguna acción u omisión determinante de los daños sufridos por los demandantes, conforme a lo dispuesto en el art. 1.902 del código civil .

»En la sentencia dictada por esta Sala el 28 de mayo de 2012 , derivado de irrupción de **jabalí** en zona próxima a las obras de "El Montico", se desestimaba íntegramente la demanda dirigida frente a Matinsa por entender que en el caso confluían "peculiares circunstancias que obliga a acoger el recurso, probada el empleo de la diligencia precisa por parte del concesionario para evitar el siniestro. En primer lugar, como acredita el doc. n.º 4 que aporta el demandado procedente del Mº de Fomento y las fotografías, en el lugar de los hechos, junto a la intersección del Montico, se desarrolla una obra que impide el cerramiento con vallas, de modo que solo hay en varias zonas muros de obra. Por ello la demandada ha extremado el servicio de vigilancia y consta que durante el día 4 de febrero realizó recorridos en el punto kilométrico en el que ocurrió el siniestro cada media hora prácticamente a las 19,50 y 20,15 horas". Que después se reitera en la de 15 de abril de 2013 por daños derivados del mismo accidente en que se vieron implicados varios vehículos.

»Así las cosas, y realizado el examen y valoración de las pruebas de autos esas "peculiares circunstancias", a las que antes nos hemos referido, concurren y han quedado perfectamente acreditadas en el presente supuesto dado que, como se desprende de toda la doctrina expuesta en las anteriores resoluciones citadas, es preciso determinar en cada caso concreto, si la obligada a probar que no tuvo responsabilidad, en este caso la concesionaria, ha acreditado suficientemente en el presente caso que no se le puede imputar negligencia alguna en la conservación de la vía y sus infraestructuras, susceptible de generar la responsabilidad que se le reclama, pues consta en autos los varios recorridos efectuados en ambos sentidos de circulación el día de la colisión, así como un informe de inspección de cerramientos (doc. nº 4 contestación) donde se constata que el cierre perimetral, constituido por malla cinegética, se encuentra en perfecto estado de conservación, haciendo la autovía totalmente impermeable a lo largo del recorrido, sin que sea posible la incursión de ningún **animal** en la zona. El tramo comprendido entre los pp.kk. 11 y 12 de la A-66 conforma uno de los ramales de la denominada "Y", que une la A-66 con la A-8 si bien ambas autovías cuentan con cierre perimetral consistente en malla cinegética, en todo el enlace. El **animal** causante del accidente acaecido en la tarde del 10 de mayo de 2010 tuvo que introducirse en la calzada necesariamente por el p.k. 401+800 de la A-8 (a 2.500 metros del accidente), zona que se encuentra actualmente afecta por las obras del ramal de acceso a la estación de servicio "El Montico" y al enlace con la AS-19, habiéndose retirado el vallado por la empresa ejecutora, dado que los cierres perimetrales de tramo inspeccionado, se encuentran en perfectas condiciones para evitar este tipo de incursiones. Esta es la única zona permeable de la zona, pues ha de destacarse que los enlaces próximos con vías secundarias, aparte del reseñado, se encuentra en el p.k. 390+000 de la A-8 (a 8.500 metros de la colisión; y en el p.k. 22+300 de la A-66 (a 11 km. de la colisión), lo que hace imposible que el **animal** accediera a la autopista a través de los mismos, dada la importante distancia entre los nudos de conexión y el lugar del siniestro, de forma que de haber deambulado el **animal** por la vía durante tan largo recorrido, y dada la alta densidad de vehículos en ese tramo (una media de 64.247 vehículos al día), hubieran sido múltiples las conexiones, o al menos, se hubiera dado aviso desde las cámaras de vigilancia de la DGT instaladas en los paneles de señalización variable de esta zona. Y como medidas a adoptar propone: "reiterar al Ministerio de Fomento la necesidad de que se requiera a las empresas ejecutoras de las obras a la que Matinsa tiene acceso restringido, pero que afectan a tramos de vía objeto de nuestra adjudicación, para que adopten medidas de seguridad alternativas a la malla cinegética retirada como consecuencia de dichas obras, que eviten la incursión de **animales** en las vías de alta velocidad".

»En relación a ello en la oposición se señala que éste es uno de los argumentos para la condena de la concesionaria, por cuanto tenía pleno y cabal conocimiento de que se había retirado la malla cinegética a 2.500 m. del lugar donde se produjo el accidente, y sin embargo no advirtió de esta circunstancia a los conductores que transitaban por la autopista y podían anunciarlo mismamente en los paneles informativos, lo cual no puede acogerse pues, aparte de que no era este el motivo de imputación de responsabilidad que se esgrimía en la demanda, como se dice en la última de las sentencias de esta sala de 15 de abril de 2013; "la concesionaria ya había advertido dicha retirada y la necesidad de intervención a Demarcación de Carreteras, lo que se reiteró el 11 de febrero de 2010 , sin que haya motivo alguno para pensar que no se produjo dicha comunicación, desde el momento en que, en contra de lo que sostiene la parte apelada, Demarcación de Carreteras no ha desmentido que se hubiese efectuado, y según consta en dicho documento, en los días

transcurridos entre ambas fechas se repusieron varios tramos de vallado en otros puntos de la autovía tras haber solicitado autorización para ello a Demarcación de Carreteras, y consta que en los meses posteriores, marzo y abril de 2010, se acordó "reiterar" a Demarcación de Carreteras la necesidad de dicha intervención, sin duda, porque la demandada no podía "motu proprio" adoptar medida alguna en relación con dichas obras, y eran, en todo caso, la empresa ejecutora de las obras y la administración que había concedido la autorización, las responsables de que las mismas se ejecutasen sin que supusiesen un peligro para los usuarios de la vía, aun sin necesidad de advertencia alguna por parte de la concesionaria del mantenimiento".

»En todo caso consta por comunicación de la demarcación de carreteras del estado en Asturias remitida que: "Matinsa viene desarrollando labores de planificación y estudio, a través de sus técnicos Coex, desde el mes de diciembre de 2009, con objeto de requerir a los Cotos de caza que adopten medidas oportunas que eviten incursiones de **animales** en la calzada. Asimismo, también estudia medidas adicionales al vallado como la instalación de pasos canadienses y la instalación de señales P-24, estos proyectos de construcción de pasos canadienses y colocación de valla de cerramiento están pendientes de aprobación para su posterior licitación en función de las disponibilidades presupuestarias"».

SEGUNDO.- Contra esa sentencia, doña Reyes y don Narciso han interpuesto recurso de casación por razón de interés casacional; alegando, para justificar que lo efectivamente lo presenta, la existencia de jurisprudencia contradictoria tanto de la misma Sección 7ª como de otras Secciones de la propia Audiencia Provincial de Asturias. Se dice al respecto:

«Está incluida la sentencia recurrida en el primer grupo de las dos líneas jurisprudenciales que se invocan como contradictorias en el presente recurso.

»[L]a contradicción entre las sentencias invocadas radica en el núcleo de la *ratio decidendi* de ambas líneas jurisprudenciales, pues se declara o no la responsabilidad de la concesionaria del mantenimiento de la autovía por entender o no agotado su deber de diligencia por las mismas conductas. Así es que, mientras una sentencias absuelven de la responsabilidad por considerar agotada su diligencia por haber comunicado a la administración el riesgo que supone la intervención de un tercero que ha eliminado el vallado que está obligado a mantener, y haber realizado estudios para promover medidas adicionales para prevenir la entrada de **animales** en la calzada ante la proximidad de un coto de caza; otras sentencias -doctrina que esta parte considera acertada en correcta aplicación del artículo 1.902 del Código Civil - entienden que tales circunstancias no pueden suponer el agotamiento del canon de la diligencia debida y no pueden exonerar de la responsabilidad que le corresponde a la empresa concesionaria del mantenimiento de la vía».

En el desarrollo de su motivo único, la parte recurrente ha invocado las siguientes sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias:

Como integrantes de la que alega que es la línea jurisprudencial seguida por sentencia recurrida, las dictadas por la misma Sección 7ª, 171/2013, de 15 de abril , y 260/2012, de 28 de mayo ; y la 381/2013, de 17 de diciembre , dictada por la Sección 1ª.

Y como integrantes de la que considera que es la línea jurisprudencial contradictoria: las Sentencias 562/2011, de 7 de diciembre , 278/2012, de 1 de junio , 505/2012, de 12 de noviembre , y 70/2009, de 4 de junio , dictadas por la Sección 7ª; las 161/2013, de 22 de mayo , y 37/2013, de 7 de febrero , dictadas por la Sección 1ª; la 250/2013, de 2 de octubre, dictada por la Sección 5ª; y las 226/2013, de 16 de julio , y 80/2011, de 28 de febrero , dictadas por la Sección 4ª.

Siempre según la parte recurrente, esa segunda línea jurisprudencial, que habría seguido el Juzgado de Primera Instancia, contradictoria con la que habría seguido la Audiencia *a quo* en sentencia recurrida, es la correcta; por lo que pide de esta Sala que, declarándolo así, casemos esa última sentencia y confirmemos la dictada por el Juzgado.

Es oportuno señalar que, en varios lugares del escrito de interposición, la parte recurrente manifiesta que es cuestión indiscutida el cumplimiento por Matinsa de las obligaciones de vigilancia del vallado derivadas del contrato de concesión. Lo que ella reprocha a la Audiencia *a quo* es que, en la sentencia impugnada, haya considerado bastante para exonerar de responsabilidad a la concesionaria del mantenimiento y conservación de la autovía -para entender «agotado» su deber de diligencia-, que ésta había puesto en conocimiento de la Administración el riesgo derivado de la retirada del vallado a causa de las obras, y había efectuado propuestas de medidas adicionales y alternativas al vallado ante la proximidad de un coto de caza. Mientras que - siempre según la parte ahora recurrente-, eso no se consideró causa bastante de exoneración en sentencias

dictadas por la misma u otras Secciones de la propia Audiencia de Asturias que contemplaron supuestos sustancialmente idénticos.

Matinsa se ha opuesto al recurso, sosteniendo su inadmisibilidad por no presentar su resolución interés casacional.

Alega en tal sentido, con carácter general, que las invocadas por la parte recurrente como sentencias de contraste contemplaron circunstancias fácticas significativamente diferentes. Señala que:

«[L]a sentencia de cuya casación se trata, analiza el supuesto de un accidente de circulación, derivado de la irrupción de un **jabalí** en la calzada, en cuya carretera existían obras para la estación de servicio "El Montico", por las que se había suprimido parte del vallado, lugar por el que accedió el **animal**, entendiéndose el Tribunal que "no es responsabilidad de la concesionaria reponer el vallado suprimido por unas obras realizadas", con independencia de que la concesionaria ya había advertido de dicha retirada a la Demarcación de Carreteras, solicitando su intervención "porque la demandada no podía *motu proprio* adoptar medida alguna en relación con dichas obras, y eran, en todo caso, la empresa ejecutora de las obras y la Administración que había concedido la autorización, las responsables de que las mismas se ejecutaran sin que supusiesen un peligro para los usuarios de la vía, aun sin necesidad de advertencia alguna por parte de la concesionaria de mantenimiento".

»En este supuesto, el cierre perimetral constituido por malla cinegética, se encontraba en perfecto estado de conservación, haciendo la autovía totalmente impermeable a lo largo del recorrido, sin que fuera posible la incursión de ningún **animal** en la zona, salvo por el punto afecto por las obras del ramal de acceso a la estación de servicio "El Montico", lugar por el que se introdujo el **animal** necesariamente».

Añade Matinsa que la sentencia recurrida forma parte de jurisprudencia consolidada de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias, en casos exactamente iguales -accidentes de circulación provocados por la irrupción de **animales** por haberse retirado el vallado a causa de las obras de acceso a la estación de servicio «El Montico»-, en los que las Sentencias 260/2012, de 28 de mayo, y 171/2013, de 15 de abril, desestimaron las demandas interpuestas contra la misma concesionaria con igual fundamentación.

Procede a continuación la parte ahora recurrida a analizar cada una de las sentencias de contraste presentadas por la parte recurrente, señalando las circunstancias fácticas diferenciadoras de los respectivos casos. En síntesis, alguna o algunas de las siguientes: no haberse dilucidado cómo o el lugar por el que accedió el **animal** a la autovía; no resultar cumplidamente acreditada la diligencia de los servicios de vigilancia, exigida por una previa tasa elevada de siniestralidad por irrupciones de especies cinegéticas; inexistencia o deterioro de la malla cinegética en el punto kilométrico del accidente; o no ser el vallado adecuado para impedir el acceso de jabalíes.

Matinsa concluye su escrito de oposición, señalando que no se expresa en el encabezamiento del recurso la doctrina jurisprudencial que se solicita que sea fijada, declarada infringida o desconocida, ni la norma legal infringida.

TERCERO.- El recurso debe ser desestimado por las razones siguientes:

1.ª) Examinadas por esta Sala todas y cada una de las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias que la parte recurrente ha citado al objeto de justificar el interés casacional de la resolución del recurso, coincidimos con la parte recurrida en que:

Fueron las Sentencias 260/2012, de 28 de mayo, y 171/2013, de 15 de abril, las únicas que contemplaron casos con circunstancias fácticas idénticas o sustancialmente iguales a las del decidido por la sentencia recurrida. Y en las tres se desestimó la demanda contra Matinsa con igual fundamentación.

Las «peculiares circunstancias» concurrentes en esos casos no son las que la parte recurrente ha querido resaltar, sino la constancia cierta de que el **jabalí** accedió a la calzada de la autovía por una zona en la que el vallado -la malla cinegética- se había reiterado a causa de la ejecución de unas obras públicas a las que Matinsa era ajena, y sobre las que carecía de competencia para realizar *motu proprio* intervención alguna de reposición o funcionalmente sustitutoria de la malla cinegética retirada.

Lo anterior bastaría para desestimar, por causa de inadmisibilidad, el recurso de casación que nos ocupa.

2.ª) Pero hay más, partiendo de la premisa -claramente asumida en su demanda por la parte actora- de que la responsabilidad extracontractual que se pretende atribuir a Matinsa es una responsabilidad subjetiva o por culpa, no objetiva o por riesgo:

La apreciación de la culpa o negligencia es, ciertamente, una cuestión jurídica [STS 185/2016, de 18 de marzo (Rec. 424/2014)] que puede revisarse en casación [STS 247/2014, de 19 de mayo (Rec. 2147/2012)]. Ahora bien, la Sentencia de esta Sala 772/2008, de 21 de julio (Rec. 2147/2001) precisó:

«La apreciación de la culpa o negligencia es una cuestión jurídica que puede ser sometida a casación, según reiterada jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 2 de marzo de 2001 y 21 de octubre de 2002), pero el juicio de la instancia debe permanecer incólume, no susceptible de revisión casacional, cuando no se demuestre ilógico, irracional o arbitrario o vulnerador de normas legales por no haberlas tenido en cuenta al analizar la culpa o negligencia de la acción u omisión».

Examinada la sentencia recurrida, esta Sala no encuentra ninguno de dichos defectos en la valoración jurídica de la Audiencia *a quo* de que, en el caso de autos, no concurrió culpa o negligencia de Matinsa. Incluso sobre la base, no puesta en cuestión por la propia Matinsa, de que le correspondiera la carga de probar su falta de culpa, lo cierto es que ofreció y logró demostrar una explicación de la irrupción del **jabalí** en la calzada que, a más de excluir cualquier incumplimiento de las obligaciones de mantenimiento y de vigilancia del vallado asumidas por ella en el contrato de concesión, evidenció que esa irrupción fue determinada por la conducta -la retirada de la malla cinegética- de un tercero -el contratista de las obras del ramal de acceso a la estación de servicio «El Montico»- ante la que nada pudo hacer Matinsa, razonablemente, distinto de advertir a la Demarcación de Carreteras de la referida retirada y de la necesidad de que interviniera frente al riesgo de irrupción de **animales** en la calzada que la falta de vallado comportaba. Conviene recordar, pues parece que lo desconoció el Juzgado de Primera Instancia, que no es culpa no evitar todo lo que sea previsible, sino no evitar lo que, siendo previsible, sea evitable adoptando medidas de cuidado exigibles; y que sólo precisando qué medidas de cuidado se contemplan como aptas para evitar lo previsible, cabrá valorar fundadamente (su efectiva aptitud para evitarlo y) si eran exigibles o no.

En fin, respecto al intempestivo reproche que, por primera vez en sede de apelación, la parte ahora recurrente dirigió a Matinsa de no haber advertido del expresado riesgo a los conductores por medio de anuncios en los paneles informativos de la autovía, esta Sala debe declarar con carácter general que:

La circunstancia de que, en el caso de responsabilidad extracontractual del que se trate, incumba al demandado la carga de probar la falta de culpa o negligencia por su parte [la ya citada STS 185/2016, de 18 de marzo , enunció los grupos de casos en los que, como excepción, podrá o deberá ser así] no exime al actor de la carga de alegar en su demanda qué medida o medidas concretas de cuidado pretendidamente aptas para evitar el resultado dañoso (que no sean sin más notorias o evidentes) considera que era exigible que el demandado hubiera adoptado a tal efecto: no tiene éste, además, la carga de imaginar, para defenderse en su contestación, todas las teóricas medidas de cuidado que, a lo largo del proceso, pueda ocurrírsele al actor reprocharle no haber adoptado.

3.ª) Lo que acaba de exponerse conduce a la conclusión de que esta Sala habría debido desestimar también un hipotético recurso de casación que, en un caso con las «peculiares circunstancias» concurrentes en el de autos, pero con resultado dañoso de mayor gravedad, hubiera podido interponerse y se hubiese interpuesto por razón de la cuantía del proceso.

Pero no quiere esta Sala dejar de añadir lo siguiente: siendo la función propia del recurso de casación por razón de interés casacional, en su modalidad de existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, la fijación o unificación de la doctrina jurisprudencial, requiere obviamente la posibilidad de que haya una doctrina -con una mínima dosis de generalidad- susceptible de ser fijada o unificada. Tal modalidad de recurso es, pues, en principio inviable para revisar valoraciones de los tribunales de instancia que, aunque jurídicas, vengan decisivamente determinadas por las concretas circunstancias fácticas del caso. La apreciación de la culpa o negligencia, a falta de normas legales que fijen niveles de pericia o diligencia exigibles, se muestra como un ejemplo paradigmático de ese tipo de valoraciones jurídicas.

4.ª) Finalmente, es oportuno transcribir una declaración contenida en la más reciente Sentencia 294/2014, de 24 de noviembre, de la Sección 6ª de la misma Audiencia Provincial de Asturias . A propósito de la responsabilidad de las empresas concesionarias del mantenimiento de las autovías por los daños causados por accidentes de tráfico provocados por la irrupción de **animales** en la calzada, se lee en dicha resolución:

«[E]n la actualidad, el criterio prácticamente unánime de todas las secciones civiles de la Audiencia, como se deduce de los distintos precedentes que obran aportados en estos autos a instancia de la propia demandada [Matinsa], no es otro que el de la necesidad de analizar en cada caso las circunstancias concurrentes para decidir si concurre o no causa de imputación de responsabilidad en la empresa concesionaria de la Autovía de que se trata, a partir de la premisa de que no puede aquélla reputarse objetiva, sino subjetiva y acomodada al nivel de diligencia que exige la esfera de actuación y control propia de las funciones que tiene encomendadas, que si bien ha de exigirse con especial rigor, por la finalidad pública que debe preservar, no otra que la seguridad vial, no puede llegar al extremo de convertir esas funciones de vigilancia y mantenimiento en prestaciones exorbitantes, puramente teóricas y por ello imposibles de llevar a cabo en la práctica».

Un cuidadoso análisis de las concretas circunstancias de caso en la misma lógica de responsabilidad por culpa, con un elevado nivel de diligencia que incumbe probar a la concesionaria demandada, es lo que esta Sala ha podido encontrar también en las posteriores Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias 76/2015, de 18 de marzo (Sección 4ª), 317/2015, de 29 de octubre (Sección 5ª), 90/2016, de 4 de marzo (Sección 5ª) y 112/2016, de 17 de marzo (Sección 7ª). El deslizamiento hacia una responsabilidad objetiva asimilada a la patrimonial de las Administraciones públicas, que ha aparecido en la Sentencia 287/2015, de 15 de octubre, de la Sección 5ª de la misma Audiencia, es ciertamente novedoso; pero no puede esta Sala pronunciarse a tal respecto, conociendo de un recurso por razón de interés casacional planteado sobre la base de la responsabilidad por culpa de la concesionaria demandada, y en el que se denuncia una contradicción entre los criterios de las Secciones de la repetida Audiencia Provincial de Asturias precisamente en la apreciación de la culpa o negligencia.

CUARTO.- Desestimado el recurso procede, conforme al artículo 389.1 LEC en relación con el artículo 394.1 de la misma Ley, imponer las costas del mismo a la parte recurrente; y a tenor del apartado 9 de la disposición adicional 15ª LOPJ, acordar la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Por lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º Desestimar el recurso de casación interpuesto por doña Reyes y don Narciso contra la sentencia dictada el 24 de abril de 2013 por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias en el recurso de apelación 521/2012; sentencia, ésta, que confirmamos. **2.º** Imponer las costas causadas por dicho recurso a la parte recurrente. **3.º** Acordar la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.