



Roj: **SAP BU 1013/2016 - ECLI: ES:APBU:2016:1013**

Id Cendoj: **09059370022016100302**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **2**

Fecha: **20/12/2016**

Nº de Recurso: **343/2016**

Nº de Resolución: **447/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ARABELA CARMEN GARCIA ESPINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

BURGOS

SENTENCIA: 00447/2016

N10250

PALACIO DE JUSTICIA-PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

Tfno.: 947 25 99 30 Fax: 947 25 99 33

N.I.G. 09330 41 1 2015 0000247

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000343 /2016

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de SALAS DE LOS INFANTES

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000211 /2015

Recurrente: CLUB DEPORTIVO DE CAZA DE RABANERA DEL PINAR

Procurador: MARIA SOLEDAD OLARTE PASCUAL

Abogado: DIEGO VELAZQUEZ GONZALEZ

Recurrido: COMPAÑIA DE SEGUROS GENERALI, Jesús Carlos

Procurador: FERNANDO FIERRO LOPEZ

Abogado: ANGEL ARIZNAVARRETA ESTEBAN

S E N T E N C I A Nº 447

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS

ILMOS/AS SRES/AS:

PRESIDENTE:

DON MAURICIO MUÑOZ FERNANDEZ

MAGISTRADOS/AS:

DOÑA ARABELA GARCIA ESPINA

DON FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA

SIENDO PONENTE: DOÑA ARABELA GARCIA ESPINA

SOBRE: ATROPELLO **ANIMAL**



LUGAR: BURGOS

FECHA: VEINTE DE DICIEMBRE DE DOS MIL DIECISEIS

En el Rollo de Apelación nº 343 de 2016, dimanante de Juicio Ordinario nº 211/15, del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Salas de los Infantes, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 13 de Mayo de 2016, siendo partes, como demandantes apelados CIA DE SEGUROS GENERALI y DON Jesús Carlos, representados ante este Tribunal por el Procurador Don Fernando Fierro López y defendido por el Letrado Don Angel Ariznavarreta Esteban; y como parte demandada apelante CLUB DEPORTIVO DE CAZA DE RABANERA DEL PINAR, representado ante este Tribunal por la Procuradora Doña María Soledad Olarte Pascual y defendido por el Letrado Don Diego Velázquez González.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan, sustancialmente, los antecedentes de hecho de la resolución apelada, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "Se estima íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de GENERALI SEGUROS, S.A. y DON Jesús Carlos contra CLUB DEPORTIVO DE CAZA DE RABANERA DEL PINAR, y en consecuencia se condena al demandado a abonar a la parte actora las siguientes cuantías:

-diez mil cuatrocientos veintisiete euros con setenta y ocho céntimos (10.427,78 €) a GENERALI SEGUROS, S.A.;

-doscientos euros (200€) a don Doroteo .

Sin expresa imposición de costas procesales."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de Club Deportivo de Caza de Rabanera del Pinar, se interpuso contra la misma recurso de apelación, que fue tramitado con arreglo a Derecho.

TERCERO - En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, habiendo sido deliberada y votada la causa por esta Sala en fecha 29 de Noviembre de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO- Formula recurso de apelación la demandada Club Deportivo de Caza de Rabanera del Pinar contra la Sentencia de fecha 13 de Mayo de 2016, que la condena a abonar los daños producidos en el vehículo Audi A4- matrícula TJN al colisionar con un corzo el día 4 de Abril de 2015 cuando circulaba por la Carretera N-234, 10427,78 € a Generali Seguros S.A y 200 € a don Doroteo .

Alega la recurrente:

-Que no ha quedado acreditado que el día 4 de Abril de 2015, -ni tampoco que en las 12 horas anteriores y posteriores hubiera cacería colectiva de especie de caza mayor en el coto de caza del que es arrendataria la demandada y que ante esta situación es de aplicación la Disposición Adicional Novena introducida por la Ley 6/2014 en la Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a Motor y seguridad vial en el sentido que el conductor del vehículo es el responsable de los daños.

-Que se ha aplicado indebidamente la figura de la "ficta confessio".

-Que la Sentencia se base en conjetura y en presunciones, obviando la prueba más verás y oficial, el certificado de la Junta de Castilla y León, aportado como documento nº 5 de la demanda, en el que se afirma que ni el día 4 de Abril de 2015 ni en las doce horas anteriores hubo cacería colectiva.

Solicita se desestime la demanda.

SEGUNDO- La Sentencia recurrida parte de la consideración de que es de aplicación al caso de autos la Disposición Adicional Novena de la Ley sobre Tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, según redacción dada por la Ley 6/2014, conforme a la cual: " *En accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas en las vías públicas será responsable de los daños o personas o bienes el conductor del vehículo, sin que pueda reclamarse por el valor de los animales que irrumpen en aquellas. 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 un especie de caza mayor llevada a cabo el mismo día o que haya concluido doce horas antes de aquél(...)*" y que conforme a la misma el demandante tiene la carga de probar que el accidente es consecuencia directa



de una acción de caza colectiva de especie de caza mayor que haya tenido lugar el mismo día del accidente o que ya concluido doce horas antes.

Estas consideraciones jurídicas de la Sentencia recurrida, sin duda acertadas, no son cuestionadas por las partes litigantes.

La parte demandada cuestiona las conclusiones probatorias que alcanza la Sentencia de Primera Instancia.

La Sentencia recurrida partiendo de la admisión tácita de hechos por la parte demandada, por la incomparecencia de su legal representante a la prueba de interrogatorio de parte (la ficta confessio del art. 304 L.E.C.), de conformidad con las preguntas formuladas por la parte actora en el acto de juicio " *que es habitual que se realicen batidas de corzo sin solicitar autorización para cacería colectiva a la Junta de Castilla y León, así como que el día cuatro de abril de dos mil quince hubo cacería de corzo*", valorando la existencia de " *elementos que hacen presumir o intuir que efectivamente fue así, ya que acababa de comenzar la época de caza, era sábado, y en el propio plan cinegético del coto se recoge el interés por la caza del corzo, lo que hace muy creíble que hubiera batida de corzo*", considera acreditado la acción directa de caza el día 4 de Abril de 2015, y por ello declara la responsabilidad de la demandada.

TERCERO- La ficta confesión o admisión tácita de los hechos se regula en el art. 304 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este artículo se dispone: " *Incomparecencia y admisión tácita de los hechos. Si la parte citada para el interrogatorio no compareciere al juicio, el tribunal podrá considerar reconocidos como ciertos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial, además de imponerle la multa a que se refiere el apartado cuarto del artículo 292 de la presente Ley. En la citación se apercibirá al interesado que, en caso de incomparecencia injustificada, se producirá el efecto señalado en el párrafo anterior.*"

El recurso de la ficta confessio del art. 304 de la LEC no es automático, sino que constituye una facultad, que debe ser aplicada con ponderación y moderación, de la que debe hacerse un prudente uso, evitando automatismo que puedan conducir a arbitrariedades (SAP de Valencia de 9.6.06, SAP de Málaga de 2.5.07, SAP de Madrid de 14.5.07, SAP de Castellón de 25.4.08), de forma que no debe acudir a la ficta confessio de la parte contraria, cuando existe una carencia total y absoluta de prueba por la parte sobre la que recae su carga; de forma que la ficta confessio solo debe servir para complementar una prueba insuficiente (SAP de Madrid de 25.4.08 y 28.10.08), y nunca puede ser utilizada cuando entre en contradicción con lo que resulte probado de las restantes pruebas (SAP de la Coruña de 14.9.07).

Se precisaría la existencia de otros elementos de prueba periféricos (valoración conjunta de la prueba), que permitan llegar a dicha conclusión, y no la excluyan.

Con carácter general, para que el tribunal, ante la inasistencia de la parte al acto procesal de su interrogatorio, pueda considerar reconocidos como ciertos los hechos de su interrogatorio que le sean perjudiciales, basta con que se le cite para el mismo en una sola ocasión, siempre que se haya apercibido al interesado que en caso de incomparecencia injustificada podrá el tribunal considerar reconocidos como ciertos los hechos en que hubiese intervenido personalmente y le sean perjudiciales.

Para que pueda operar la ficta confessio en caso de incomparecencia de la parte es preciso que haya sido citada "expresamente" para la práctica de la prueba de interrogatorio y que se le haya hecho el apercibimiento que, de no comparecer, el Tribunal podrá considerar reconocidos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sean perjudiciales.

Sin citación, con expresa advertencia de este efecto no es posible tener por confesa a la parte incomparecida a la prueba de interrogatorio de parte.

No hay constancia en las actuaciones de que la parte demandada, cuyo legal representante no compareció a la prueba de interrogatorio, fuera citado con las expresadas advertencias legales, por lo que la admisión tácita de los hechos prevista en el art. 304 L.E.C. no puede aplicarse.

CUARTO- Los elementos que la Sentencia recurrida ha considerado " *que hacen presumir o intuir*" que el día 4 de Abril de 2005 hubo una acción directa de caza en el Acotado de la demandada, " *que acababa de comenzar la época de caza*", " *era sábado*" y que " *en el plan cinegético del coto se recoge el interés por la caza del corzo*", sin poder tener por confesa a la parte demandada, al no haber sido citado con la advertencia de que si no compareciera a la prueba de interrogatorio podría el Tribunal considerar que reconocía los hechos, se han de considerar insuficientes para entender acreditado que el día del accidente 4 de Abril de 2015 hubo una cacería de corzo.

Es cierto que el perjudicado por el accidente, propietario o aseguradora del vehículo dañado en la colisión con el **animal**, no tiene fácil probar el presupuesto legalmente exigido para poder apreciar la responsabilidad de



los titulares de aprovechamientos cinegéticos, si tenemos en cuenta que no es preciso ni pedir autorización, ni comunicar previamente a la Administración (Junta de Castilla y León) los días que se va a cazar, pues de conformidad con el Informe de 1 de Febrero de 2016 del Servicio de Medio Ambiente, Delegación Territorial de Burgos, se puede cazar cualquier día siempre que estén dentro del periodo hábil establecido por la Orden Anual de Caza.

Ahora bien, esta dificultad probatoria no puede llevarnos a considerar, sin un mínimo apoyo probatorio, que todos los días festivos o cuasi festivos, sábados o domingos, dentro del periodo hábil para la caza se han realizado batidas de corzo, ni siquiera los primeros sábados o domingos del periodo de caza, cuando la parte demandada, expresamente, al contestar a la demanda manifiesta que " *ni el día 4 de Abril de 2015, ni en las 12 horas anteriores y posteriores hubo cacería colectiva autorizada de especie de caza mayor en el Coto de Caza del que es arrendataria mi mandante* ", y que la Junta de Castilla y León en el documento nº 5 aportado con la demanda (folio 46) informa " *ni el día 4 de Abril de 2015 ni en las 12 horas previas hubo cacería colectiva autorizada de especies de caza mayor en el coto de caza citado, BU-10685*"

Con los datos obrantes en la causa no es posible establecer como hecho probado que el día 4 de Abril de 2015 en el que tuvo lugar el accidente se hubiera realizado acción colectiva de caza en el Coto de la demandada, que constituye el presupuesto de la responsabilidad del titular del aprovechamiento cinegético según la legislación vigente.

Procede estimar el recurso de apelación y desestimar la demanda

QUINTO.- Las costas de la Primera Instancia se imponen a la parte actora, consecuencia de la desestimación de la demandada (art. 394 L.E.C .).

No procede hacer imposición de las costas de esta Segunda Instancia, al ser estimado el recurso de apelación (art. 398 L.E.C .)

FALLO

Por lo expuesto, este Tribunal decide:

Se estima el recurso de apelación formulado por la parte demandada Club Deportivo de Caza de Rabanera del Pinar contra la Sentencia de fecha 13 de Mayo de 2016 dictada por la Sra. Jueza del Juzgado de Primera Instancia de Salas de los Infantes, que se revoca y deja sin efecto, acordando desestimar la demanda formulada por Generaly Seguros, S.A. y por el Asegurado Don Jesús Carlos , con imposición de las costas de la Primera Instancia a la parte actora.

No se hace imposición de las costas de la Segunda Instancia.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de apelación, notificándose a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D^a. ARABELA GARCIA ESPINA, estando celebrando Audiencia Pública el Tribunal en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.