

EL ATROPELLO DE ESPECIES CINEGÉTICAS: A LA «CAZA» DEL RESPONSABLE

ANTONIO CEREIJO SOTO

Doctorando de la Universidad de Girona

A mis amigos cazadores que, por descontado, no son gentecilla de poco más o menos, de esa de leguis charolados y Sarasqueta repetidora, sino cazadores que con arma, perro y bota componen una pieza y se asoman cada domingo a las cárcavas inhóspitas de Renedo o a los mundos tesos de Aguilarejo, a lomos de una chirriante burra o en tercerola, en un mixto de mala muerte, con la Doly en el soporte o camuflada bajo el asiento, sin importarles demasiado que el revisor huela al perro ni que el matacabras azote despiadadamente la paramera; a esos amigos cazadores –digo– de buen corazón y mala lengua, para quienes cazar en mano continúa siendo un deporte, pese a que la perdiz y la liebre se muestran cada día más reacias a aguardar amonadas en un chaparro, y pese, no menos, a los multitudinarios y descansados ojeos y a los pasos de palomas de Echalar,...

Diario de un cazador

A Miguel Delibes. In memoriam.

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Luis Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, don Juan CADARSO PALAU, doña Cristina PAREDES SERRANO, don Jesús QUIJANO GONZÁLEZ y don Fernando RODRÍGUEZ ARTIGAS.

Extracto:

LA Ley 17/2005 de 19 de julio, introdujo en el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, una disposición adicional novena que pretendía solventar las responsabilidades derivadas de los accidentes por atropello de especies cinegéticas. Tras estos años de vigencia, se puede afirmar ya que la inseguridad jurídica derivada de esta norma exige una nueva regulación de esta materia, donde se afronten con decisión las responsabilidades exigibles y se clarifiquen los criterios de imputación.

.../...

.../...

Previamente, sin embargo, debe delimitarse la naturaleza jurídica de las piezas de caza, el ámbito competencial entre las Comunidades Autónomas y el Estado y, finalmente, las características de la actividad venatoria en la actualidad para configurar un punto de partida firme para una reflexión fundamentada.

Un simple repaso de la doctrina y de la jurisprudencia permite apreciar que las posturas van desde el inmovilismo más absoluto hasta un cambio radical del carácter de la responsabilidad en estos accidentes, pasando por las más variadas interpretaciones de la disposición. Sin embargo, todas las posiciones confluyen en un criterio común: la deficiente redacción de la norma. La omisión de la regulación de los supuestos más habituales de este tipo de accidentes ha conducido a la jurisprudencia a la caza de un responsable que la disposición legal ha omitido.

El legislador debe optar por una modificación legislativa que permita aclarar el régimen que quiso establecer en el año 2005 o por un nuevo criterio normativo. En este último caso se proponen dos soluciones: la creación de un Fondo sufragado por los implicados por estos accidentes, en la proporción que se determine, o el pago de las indemnizaciones por el Consorcio de Compensación de Seguros, sin perjuicio de que este pueda repetir contra quien considere oportuno en cada caso.

Palabras clave: responsabilidad, accidente de tráfico, caza, especies cinegéticas.

TRAFFIC ACCIDENTS AND ANIMALS OF HUNT. IN SEARCH OF THE PERSON IN CHARGE

ANTONIO CEREIJO SOTO

Doctorando de la Universidad de Girona

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Luis Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, don Juan CADARSO PALAU, doña Cristina PAREDES SERRANO, don Jesús QUIJANO GONZÁLEZ y don Fernando RODRÍGUEZ ARTIGAS.

Abstract:

LAW 17/2005 of July 19, introduced an Additional Provision into legislation which sought to address the responsibilities arising from accidents provoked by hunting species.

After these tree years being in force, we can affirm that legal uncertainty produced by this norm demands for a new regulation on the subject. Such new regulation needs clearly to confront and decide which sort of liabilities are going to be required, as well as which will be the imputation criteria for doing it.

Nevertheless, and before implementing such a reform, the nature of hunting pieces, the distributions of Powers among Autonomous Communities and the State, as well as the features of present hunting must be established in order to conform a sound starting point for serious reflection on the topic.

A simple review on the doctrine and legal cases decisions supports the view that positions cover a wide range of options going from strict immobility to promotion of a radical change, going through the most different interpretations of the standard. However, the whole set of positions join a common point: the poor drafting of the law. Not considering the most common cases in this type of accidents has led to decide cases «hunting» the responsible omitted into the norm content.

The legislature must opt between a legislation reform that allows clarification about the regime established in 2005 and the assumption of new normative criteria. In the latter case two solutions are available; first of all the creation of a Fund financed by people involved in these accidents in a specified proportion, and second of all the payment of compensations by the Consorcio de Compensación de Seguros without prejudice of actions against pertinent subjects in each case.

Keywords: responsibility, accident, traffic, hunting, hunting species.

Sumario

1. Introducción.
2. Algunas reflexiones previas.
 - 2.1. Las especies cinegéticas, ¿son *res nullius*?
 - 2.2. Conflictos de competencia.
 - 2.3. Algunas contradicciones.
3. La regulación de los supuestos excepcionales y la omisión de los supuestos habituales.
4. La jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales.
 - 4.1. Responsabilidad objetiva versus responsabilidad subjetiva .
 - 4.1.1. Jurisprudencia que mantiene la responsabilidad objetiva de los titulares de los aprovechamientos cinegéticos y propietarios de los terrenos.
 - 4.1.2. Jurisprudencia que entiende que la nueva ley «dulcifica» o «matiza» la responsabilidad objetiva pero no introduce una responsabilidad por culpa.
 - 4.1.3. Jurisprudencia que entiende que la nueva norma solo es de aplicación en los casos en que se aprecie negligencia por parte del conductor, ya que faltando esta circunstancia debe aplicarse el artículo 33 de la Ley de Caza y el artículo 35 del Reglamento de Caza de 1971.
 - 4.1.4. Jurisprudencia que estima que se ha establecido un régimen de responsabilidad subjetiva.
 - 4.2. Significado de la expresión «falta de conservación del coto».
 - 4.2.1. Jurisprudencia que considera que falta de diligencia en la conservación equivale a «falta de vallado».

- 4.2.2. Jurisprudencia que considera que falta de diligencia en la conservación del coto significa inobservancia de la normativa técnico-administrativa o al incumplimiento de Plan Cinegético del coto.
- 4.2.3. Jurisprudencia que establece que falta de diligencia en la conservación del coto supone «no adoptar las medidas necesarias para evitar la irrupción en la carretera de piezas de caza procedentes de coto de su titularidad».
- 4.3. Pieza de caza diferente a la del aprovechamiento del coto.
- 4.4. La facilidad probatoria del artículo 217.6 de la LEC.
5. Dos propuestas de *lege ferenda*.
6. Conclusiones.
7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

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, incorpora una disposición adicional novena al Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, bajo la rúbrica «Responsabilidad en accidentes de tráfico por atropellos de especies cinegéticas».

La creencia de los titulares de aprovechamientos cinegéticos y de los propietarios de los terrenos acotados de que la nueva redacción supondría la limitación de su responsabilidad en los atropellos de especies cinegéticas a supuestos muy excepcionales, se ha visto rápidamente frustrada por la jurisprudencia contradictoria que ha venido estableciéndose por las distintas Audiencias Provinciales ¹.

La omisión del legislador en esta reforma de la regulación de los supuestos más frecuentes de atropello de especies cinegéticas (esto es, el conductor que conduce diligentemente y que atropella a un animal que ha irrumpido de forma sorpresiva en una carretera perfectamente conservada y sin señalizar al no ser lugar frecuente de paso de animales, sin que la salida del animal derive de una acción directa de caza) ha llevado a los órganos jurisdiccionales y a la doctrina a la «caza» de quién debe responder en estos casos. En el presente estudio se lleva a cabo un análisis de las diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales sobre esta cuestión y se apuntan dos posibles soluciones de *lege ferenda* que podrían resolver la controversia suscitada.

2. ALGUNAS REFLEXIONES PREVIAS

Antes de abordar el contenido expresado, es preciso realizar algunas consideraciones sobre determinadas afirmaciones categóricas que aparecen de forma reiterada, implícita o explícitamente, en el debate sobre este tema. Se analizarán tres de ellas por su especial relación con los apartados posteriores.

¹ Esta presión del *lobby* de cazadores en la modificación normativa se ha recogido en la Sentencia núm. 185, de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 2.ª, de 5 de noviembre de 2009, afirmándose que: «El cambio vino auspiciado a petición de los cazadores, quienes a través de sus asociaciones presionaron al Ministerio de Justicia para conseguir una legislación menos objetiva, pues han venido sufriendo las consecuencias del aumento de accidentes de tráfico por esta causa en los últimos años». En el mismo sentido, VICENTE DOMINGO, E.: «Accidentes de circulación causados por la caza» en *Actualidad Civil*, núm. 3, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 de febrero, 2006.

2.1. Las especies cinegéticas, ¿son *res nullius*?

Uno de los argumentos que se esgrime con mayor frecuencia para eximir a los titulares de los aprovechamientos cinegéticos y a los propietarios de terrenos acotados de responsabilidad en los atropellos de especies cinegéticas es su carácter de *res nullius*. Si, de acuerdo al artículo 610 del Código Civil, los animales que son objeto de la caza y la pesca carecen de dueño, no se puede atribuir a dichos titulares y propietarios la responsabilidad por la irrupción en la calzada de un animal que no es de nadie. Pero, ¿las piezas de caza son, en realidad, *res nullius*? El debate sobre la naturaleza de los animales cinegéticos no es nuevo. Sin embargo, las disposiciones legislativas recientes han agudizado el mismo y han puesto en duda el significado del artículo 610 del Código Civil ².

Se han barajado en la doctrina cuatro propuestas sobre la naturaleza jurídica de las piezas de caza alternativas a la *res nullius* ³:

- Las piezas de caza como dominio público: dicha configuración ha sido defendida por la doctrina italiana y por cierto sector de la doctrina francesa ⁴. En nuestro país, el profesor Martín Mateo ha justificado esta catalogación por su utilidad ⁵. Efectivamente, para este autor, que la fauna silvestre sea englobada en el concepto de dominio público permite la aplicación de una serie de técnicas especialmente útiles para la aplicación del Convenio de la Biodiversidad de 1992. Además, permitiría un mejor control de la investigación y la explotación biogenética de los recursos naturales mediante las condiciones impuestas en la concesión de explotación posibilitando, además, la recuperación de los contenidos patrimoniales implicados.

Las piezas de caza como patrimonio público: un sector doctrinal ⁶ ha defendido que la publicación de la actividad cinegética daría un adecuado cumplimiento al artículo 45.2 de la CE. Es evidente que la publicación de la actividad no conlleva necesariamente

² Algún sector doctrinal defiende que: «el artículo 610 no afirma que todos los animales salvajes a priori carezcan de dueño –ahí están, por ejemplo, los domesticados–, lo que dice es que los animales salvajes **pueden** carecer de dueño» (SÁNCHEZ GASCÓN, A.: *El derecho de caza en España*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, pág. 247).

³ Para profundizar en estas alternativas puede consultarse LAGUNA DE PAZ, J.C.: *Libertad y propiedad en el derecho de caza*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 144 a 154, a quien se sigue en esta clasificación. También resulta interesante el artículo de GARCÍA ASENSIO, J.M.: «¿La caza ya no es *res nullius*? Breve comentario al artículo 36.1 de la Ley 43/2003 de Montes» en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, núm. 20, Tomo 3, 2005. Finalmente, sobre la evolución del concepto de *res nullius* en las especies cinegéticas puede consultarse GALLEGU DOMÍNGUEZ, I.: *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por los animales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.

⁴ Puede encontrarse una recopilación de dicha doctrina en la obra LÓPEZ RAMÓN, F.: *La protección de la fauna en el derecho español*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1980.

⁵ MARTÍN MATEO, R.: «La protección de la flora y la fauna» en *Revista Vasca de Administración Pública*, 1995, enero-abril, (41), págs. 647 a 659.

⁶ Enumera esta doctrina, así como las expresiones legislativas que recogen la naturaleza de las especies cinegética como patrimonio público, LAGUNA DE PAZ, J.C.: *Libertad y propiedad en el derecho de caza*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 146 a 147.

una modificación de la naturaleza jurídica de las especies cinegéticas. Sin embargo, la publicación de las especies cinegéticas ya ha tenido acogimiento en nuestra legislación autonómica y así la Ley 2/1989, de 6 de junio, de Caza de Asturias expresa en su preámbulo: «La ley parte de la inserción de la caza en la política de conservación de la naturaleza y más propiamente, dentro de la política de conservación de los recursos naturales. Ello, con base en la consideración de las especies cinegéticas como **patrimonio público**, en contraposición a la vieja teoría de la *res nullius*, lo que supone la vinculación de las especies a la Administración, la cual ve así reforzada sus prerrogativas de forma coherente».

- Las piezas de caza como *res communes omnium*: desde diversas instituciones internacionales se ha venido recuperando la categoría romana de las *res communes omnium* para su aplicación a determinadas especies cinegéticas. Cabe recordar que en el Derecho romano las *res communes omnium* eran aquellas que no eran susceptibles de propiedad pero de las que todos podían usar según sus necesidades siempre que no lesionaran el mismo derecho reconocido a los demás, recogiendo como ejemplos clásicos, el aire, el agua corriente o las costas. Así pues, mientras las cosas de nadie son las que no han sido apropiadas todavía, las cosas comunes son las que nunca pueden ser apropiadas. Pues bien, en el ámbito internacional, se acuñó a finales de los años sesenta del pasado siglo la expresión «patrimonio común de la humanidad» que supone la inapropiabilidad de los elementos que sean designados mediante esta acepción y la imposición a los estados de la obligación de su conservación y gestión racional ⁷.
- Las piezas de caza como *fructus fundi*: las piezas de caza son propiedad del propietario del terreno donde se hallen. Son tres los argumentos que sustentan esta postura: en primer lugar, la redacción del artículo 1.905 del Código Civil cuando hace responder al poseedor de un animal o «al que se sirve de él» de los daños que causare. Esta atribución de responsabilidad implica que no pueda afirmarse que los animales cazaderos carecen de dueño, ya que entonces nadie debería hacerse cargo de los daños que causaren. En segundo lugar, la explotación actual de los cotos de caza, que se asemejan más a una explotación ganadera que a unos terrenos habitados por animales fieros y salvajes, como se analizará posteriormente. En tercer lugar, la consideración de perjudicado del dueño de la finca o del titular del aprovechamiento cinegético ya que la captura ilegal de una pieza comporta una indemnización a favor de estos, cuando, si el animal no fuera de nadie, no debería comportar ninguna indemnización ⁸.

⁷ Sobre este concepto y su evolución puede consultarse: INSERGUET-BRISSET, V.: *Propriété publique et environnement*, LDGJ, París, 1984 ; BLANC ALTEMIR, A.: *El patrimonio común de la humanidad. Hacia un régimen jurídico internacional para su gestión*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992 y PUREZA, J.M.: *El patrimonio común de la humanidad. ¿Hacia un derecho internacional de solidaridad?*, Ed. Trotta, Madrid, 2002.

⁸ Esta es también actualmente la posición de los cazadores. Efectivamente, a la vista del último Memorando remitido por la Real Federación Española de Caza a los grupos parlamentarios del Senado de fecha 11 de febrero de 2009, donde solicitan ser considerados como perjudicados en caso de atropello de especies cinegéticas, lo que comporta, en consecuencia, que se consideren propietarios de las piezas, aun cuando estas abandonen el fundo, para reclamar su indemnización. Sobre este tema resulta indispensable la lectura de la obra de los profesores PÉREZ MONGUIÓ, J.M. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P.: *Daños y especies cinegéticas*, Ed. Bosch, Barcelona, 2009.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina mantiene la concepción del Derecho romano⁹ de las especies cinegéticas y sigue defendiendo su carácter de *res nullius*. Desde el punto de vista legislativo, esgrimen la redacción del artículo 610 del Código Civil y del artículo 22 de la Ley de Caza, de 4 de abril de 1970, que, parece, no deja lugar a dudas sobre la calificación de las especies cinegéticas como *res nullius*.

Pero además critican las alternativas planteadas considerando que se produce una confusión entre el derecho a cazar y el derecho sobre las piezas de caza.

Ahora bien, esta posición debe ser matizada. En primer lugar, porque la propia legislación nacional y autonómica está abandonando la consideración de la fauna salvaje como *res nullius* y va abrazando progresivamente conceptos como patrimonio común y patrimonio cinegético, entre otros.

En segundo lugar, porque la legislación europea va estrechando paulatinamente el círculo de las especies que quedan al margen de patrimonio común de la humanidad, de forma que, en algunos casos, han pasado a ser la excepción. Un ejemplo evidente de ello es la reciente Directiva Europea 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de aves silvestres, en cuyo preámbulo se expone: «las especies de aves que viven normalmente en estado salvaje en el territorio europeo de los Estados miembros son en gran parte especies migratorias. Dichas especies constituyen un patrimonio común y...»¹⁰.

Finalmente, porque cabe recordar que el artículo 3.1 del Código Civil dispone que: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» y en este sentido, tiene razón SÁNCHEZ GASCÓN¹¹ cuando afirma que hoy en día las piezas de caza ya no son animales fieros y salvajes, en el sentido que se describen en el artículo 610 del Código Civil, ya que dos son las circunstancias necesarias para hablar de animales salvajes: a) posibilidad real y material de desplazarse de un lugar a otro sin más impedimentos que los naturales y b) no encontrarse sometidos a más «normas» que las de la naturaleza. Pues bien ninguna de estas circunstancias, razona el autor, concurre hoy en día, ya que los animales no pueden circular libremente sino por donde el hombre quiere (alambradas, comederos, etc.) y, además, las normas dictadas por el hombre predeterminan su vida: las poblaciones se mantienen en niveles prefijados (si sobran, se matan; si faltan, se repueblan; las enfermedades están estudiadas y se implantan planes de vacunación; los animales se compran y se venden, se determina expresa y concretamente qué ejemplar se cazará y cuándo, etc.).

⁹ Ya las Instituciones de Justiniano recogían que «las bestias feroces, las aves y los peces son del que los coge, desde ese momento, y dejan de pertenecerle desde que escapan y recobran su libertad natural» (Inst. 11,1,12).

¹⁰ Esta nueva concepción de la fauna silvestre no parece haber sido asumida aún por nuestro país. Así, cabe recordar que España ya ha sido condenada por incumplir de la normativa europea relativa a especies migratorias. Efectivamente, la Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de Luxemburgo de fecha 9 de junio de 2005 (Asunto C-135/04) decidió: «Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 7, apartado 4, de la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres, al autorizar la práctica de la caza a contrapasa de la paloma torcaz en la provincia de Guipúzcoa».

¹¹ SÁNCHEZ GASCÓN, A.: *El derecho de caza...*, *op. cit.*, págs. 246 a 248.

Además, en la actualidad, las piezas de caza son un beneficio explotado por los propietarios de los cotos de caza que determinan que los animales salvajes se hayan convertido, en muchos casos, en una ganadería extensiva. De hecho, ya en algunas normas se recogen términos como «cotos de caza de carácter intensivo» donde se entiende que un coto tiene este carácter, cuando las piezas de caza cobradas en él proceden mayoritariamente de ejemplares liberados y no de reproducción natural en el lugar (art. 30.1 de la Ley 13/2004, de 27 de diciembre, de caza de la Comunidad Valenciana) o «granjas cinegéticas», definidas como explotaciones industriales dedicadas a la producción intensiva de piezas de caza para su comercialización, vivas o muertas (art. 63 de la Ley 2/1993, de 15 de julio, de caza de Castilla-La Mancha).

En síntesis, parece que la naturaleza de los animales salvajes resulta más controvertida de lo que pudiera parecer en un principio y la doctrina está reformulando sus teorías al albur de una evolución legislativa constante.

En mi opinión, debería reconsiderarse si no se están mezclando dos conceptos diferentes: la propiedad y la protección. Efectivamente, una cosa es quién sea el propietario del animal (nadie, el propietario del fundo donde se halle, una administración pública o la humanidad) y otra bien distinta es qué grado de protección deba prestarse al mismo (especie protegida, amenazada, cazadera, en peligro de extinción, etc.).

2.2. Conflictos de competencia

El artículo 148.1.11.^a de la CE establece la competencia sobre la caza en favor de las Comunidades Autónomas. La progresiva regulación de esta materia por las Administraciones autonómicas ha reducido la Ley de Caza de 4 de abril de 1970 a un carácter residual, cuyos preceptos solo serán de aplicación en aquellas Comunidades Autónomas que no hayan ejercido la regulación de esta materia o en aquellas que, habiendo ejercido la competencia, no hubieran colmado todo su contenido.

En este sentido cabe recordar que fue el Estado quien estableció, en el artículo 33 de la Ley de Caza, que la responsabilidad extracontractual de los daños derivados de especies cinegéticas fuera una materia de caza. Evidente error, en el caso que nos ocupa, ya que a tenor de esta incorporación, las regulaciones posteriores de las Comunidades Autónomas supusieron la inclusión, en algunas de ellas, de la responsabilidad extracontractual en materia de daños por atropellos cinegéticos en sus respectivas leyes de caza.

Quizás el desarrollo más amplio de esta responsabilidad se dio en la Comunidad Foral de Navarra, donde su legislación no solo recogió la responsabilidad por daños en los accidentes de tráfico cinegético, sino que, por la Ley 18/2002, de 13 de junio, de modificación de la Ley Foral 2/1993, de 5 de marzo, de protección y gestión de la fauna silvestre y sus hábitats, dispuso la posibilidad de que el Gobierno de Navarra, previa conformidad del responsable y del perjudicado, abonara directamente a este último las indemnizaciones por daños en accidentes de carretera producidos por las especies cinegéticas, llegando incluso a dictar la Orden 375/2004, de 2 de abril, en la que se establecía el pro-

cedimiento para el abono de dichas indemnizaciones ¹². La nueva Ley Foral 17/2005, de 22 de diciembre, de Caza y Pesca de Navarra, ha derogado esta regulación y en su artículo 86 recoge una norma propia con un contenido peculiar y que, en algunos supuestos, resulta contradictoria con la norma estatal ¹³.

Resulta evidente que la reclamación por los daños causados por el atropello de una especie cinegética no tiene nada que ver con la caza (salvo supuestos excepcionales a los que luego se hará referencia) y que esta materia no puede ser objeto de regulación por la Ley de Caza. La competencia es, por lo tanto, de la Administración central, si bien existen fuertes argumentos respaldados por la doctrina del Tribunal Constitucional para defender su carácter autonómico ¹⁴. En cualquier caso, no parece que la forma elegida haya sido la más pertinente. En este sentido, algún autor habla incluso de deslealtad constitucional por parte del Estado en esta materia ¹⁵.

¹² Para analizar la regulación autonómica tras la entrada en vigor de la nueva redacción de la disposición adicional novena del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, resulta imprescindible el artículo de DOMINGUEZ MARTÍNEZ, P.: «Responsabilidad Patrimonial de la Administración en accidentes de tráfico por atropello de especies cinegéticas» en la *Revista de responsabilidad civil y seguro* (puede consultarse en Internet en la dirección <http://www.asociacionabogados-rs.org/doctrina/doctrina03.pdf?phpMyAdmin=9eb1fd7fe71cf931d588191bc9123527>).

¹³ CUENCA ANAYA, F.: «De nuevo sobre accidentes provocados por las piezas de caza en la carretera» en *Diario La Ley* de 18 de diciembre de 2006, año XXVII, núm. 6611, entiende que en estos casos los jueces deben aplicar directamente la norma estatal. El citado artículo 86 prevé:

«1. El Departamento competente en materia de caza, en el caso de accidente motivado por atropello de especies cinegéticas, tramitará el correspondiente expediente administrativo para determinar las posibles responsabilidades que podrán recaer según lo siguiente:

El conductor del vehículo accidentado, en los casos en que este no hubiera adoptado las precauciones necesarias para evitar el atropello o se le pueda imputar incumplimiento de las normas de circulación.

El titular del aprovechamiento cinegético o, en su caso, del terreno acotado, solo en los casos en los que el accidente sea consecuencia de la negligencia en la gestión del terreno acotado o de la acción de cazar.

En la Administración competente en materia de caza, en los supuestos en que el accidente sea consecuencia de las disposiciones de ordenación del aprovechamiento cinegético.

En el titular de la explotación de la vía pública en que se produzca el accidente, siempre y cuando esté motivado por la falta de conservación en relación con las medidas de protección frente a invasión de la vía por animales, cuyo mantenimiento sea responsabilidad del titular de la explotación de la vía, o por ausencia de señalización adecuada de paso de fauna cinegética.

2. El resto de daños causados por la fauna cinegética o pesquera se indemnizarán por quienes resulten responsables conforme a la legislación civil.

3. Para el caso de daños en accidentes de carretera causados por especies cinegéticas, se regulará una ayuda para apoyar económicamente el establecimiento de un mecanismo asegurador, que cubra la eventual responsabilidad de los titulares de los aprovechamientos cinegéticos de Navarra.»

¹⁴ Desbordaría el contenido de este trabajo ese estudio competencial, pero para quien desee profundizar en el mismo, resulta fundamental como punto de partida el artículo de la profesora PASCUAL MEDRANO, A.: «Competencias del Estado y lealtad constitucional: un ejemplo poco alentador (la responsabilidad civil por daños provocados por animales de caza)» en *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 9, octubre 2009, págs. 241-279, donde describe los argumentos de carácter estatal o autonómico en esta materia, recogiendo ambas posibilidades nuestro ordenamiento jurídico, si bien la citada autora se inclina por el primero.

¹⁵ En este sentido PASCUAL MEDRANO («Competencias...», *op. cit.*, pág. 279) concluye su reflexión afirmando: «La obligación de todos los poderes públicos de acatar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico implica –como también advierte el TC– "un deber de lealtad de todos ellos en el ejercicio de sus propias competencias de modo que no obstaculice el ejercicio de las ajenas" (STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4). En suma, a nuestro juicio y por lo que respecta al caso estudiado aquí, hubiera exigido otro proceder bien diverso al finalmente acaecido, sin duda poco alentador».

Por otra parte, las críticas que se han realizado por un sector doctrinal ¹⁶ por el distinto tratamiento que puede suponer la responsabilidad por daños atendiendo a la Comunidad Autónoma donde se produzca el accidente, no se ve superada con esta nueva normativa. En este sentido, la distinta regulación que cada una de las Comunidades Autónomas realice de las materias propias de la caza determinará, en buena medida, el régimen de responsabilidad. Así ocurrirá en el caso de considerar una Comunidad Autónoma una especie como especie protegida frente a su mantenimiento como especie cinegética por comunidades limítrofes, o en el caso de la determinación de la naturaleza jurídica de las especies (*res nullius*, «patrimonio común», «patrimonio público», «patrimonio común de la humanidad») o incluso por la propia consideración del animal (que ya ha dejado de ser considerado «cosa» en el Derecho Civil Catalán) ¹⁷.

2.3 . Algunas contradicciones

La nueva normativa deja abiertas algunas contradicciones, aunque por razones de extensión solo se analizarán dos: la primera a la que se denominará de la vaca y una segunda que se denominará una *res nullius* solo susceptible de ocupación por unos pocos.

La primera resulta de considerar que la nueva normativa supone un cambio de responsabilidad, de forma que, si se entiende que en este tipo de accidentes es de aplicación la responsabilidad subjetiva, resultará como dice la Sentencia núm. 37 de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.ª, de 12 de enero de 2007, que esta nueva legislación «crea»: «lo que no parece una solución que atienda a los valores que sustentan el ordenamiento jurídico, pues si la caza es una actividad deportiva lícita pero que no deja de ser superflua dentro de las necesidades del individuo, el resultado es que se hace pechar con las consecuencias del daño causado para el disfrute de los socios del coto a los que tengan el infortunio de ver interceptada su circulación por la irrupción de un animal, haciéndose así de peor condición al propietario de una vaca, que en las labores propias de su actividad sufre el extravío de la misma y provoca un accidente (art. 1.905 del CC), que al de los animales utilizados para el disfrute de los titulares del coto». En este sentido es clara la jurisprudencia del Tribunal Supremo imponiendo la obligación de resarcir a quien posee o utiliza el animal (Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 1986, en relación con las vacas; Sentencia núm. 937, Sala Primera, de 10 de octubre de 2002, en relación con las ovejas; o, finalmente, Sentencia de 13 de febrero de 1996, en relación con los caballos).

La segunda contradicción fue formulada por SÁNCHEZ GASCÓN ¹⁸ recordando que «reservar el derecho de caza en exclusiva a una persona, es decir, reservar una cosa que no tiene dueño para que

¹⁶ CUENCA ANAYA, F.: «Accidentes provocados por las piezas de caza en la ley 17/2005, que reforma la de seguridad vial» en *Diario La Ley* de 21 de septiembre de 2005, año XXVI, núm. 6323.

¹⁷ Efectivamente, el artículo 511-1.3 del Código Civil Catalán, siguiendo la senda abierta por Austria, Alemania y Suiza, establece que: «los animales, que no se consideran cosas, están bajo la protección especial de las leyes». Ya antes, esta Comunidad Autónoma en el artículo 2.2 de la Ley 22/2003, de 4 de julio, de Protección de los Animales recogía: «Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad física y psíquica, así como de movimiento voluntario, los cuales deben recibir el trato que, atendiendo básicamente a sus necesidades etológicas, procure su bienestar».

¹⁸ SÁNCHEZ GASCÓN: *El derecho de caza...*, *op. cit.*, pág. 248.

solo pueda ser ocupada por determinada persona es, en sí misma, una grave contradicción jurídica». Pues bien, esta contradicción sigue siendo vigente. Puede argumentarse que se produce una confusión entre el derecho a cazar y el derecho de caza, pero lo cierto es que, de acuerdo con las actuales condiciones de la actividad venatoria, los animales cinegéticos, en muchas ocasiones, nacen, crecen, se reproducen y mueren con un estricto control humano, que determina que su propiedad solo pueda ser adquirida durante toda su vida por unos pocos, desdibujando su naturaleza de *res nullius*.

3. LA REGULACIÓN DE LOS SUPUESTOS EXCEPCIONALES Y LA OMISIÓN DE LOS SUPUESTOS HABITUALES

La redacción de la disposición adicional novena del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, introducida por la Ley de 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, establece:

«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, solo 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».

Se describen cuatro escenarios de responsabilidad de los daños personales y patrimoniales en estos siniestros, existiendo la posibilidad de concurrencia de dos o más de ellos en un mismo accidente, a saber:

a) Accidentes donde será responsable el conductor siempre que se le puedan imputar el incumplimiento de normas de circulación.

La redacción no parece demasiado acertada. No todo incumplimiento de una norma de circulación deriva en una causa directa o indirecta en el atropello de una especie cinegética. Así el incumplimiento del artículo 52 (ubicado en el Capítulo III del Título II, bajo la rúbrica «Otras normas de circulación» del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo) relativo a determinada publicidad en los vehículos supone, de acuerdo con el tenor literal de la norma, la atribución de responsabilidad en un atropello de especie cinegética al conductor por el simple hecho de llevar una publicidad no autorizada en su vehículo.

Algún autor se ha cuestionado si en los casos en que el conductor rebasa levemente la velocidad permitida y se encuentre un animal en medio de la vía, no se debe plantear la existencia de una responsabilidad compartida ¹⁹.

Un sector doctrinal ²⁰ y jurisprudencial ²¹ ha intentado salvar esta deficiente regulación considerando que solo deben ser tenidas en cuenta aquellas normas de circulación cuyo incumplimiento supongan una incidencia directa en el accidente.

b) Accidentes donde serán responsables los titulares de aprovechamientos cinegéticos siempre que el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar o exista una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado.

Entiende la doctrina ²² que en la primera causa (cuando el accidente derive directamente de la acción de cazar) debe responder el titular del aprovechamiento cinegético solo cuando el atropello del animal traiga causa eficiente, directa y adecuada en alguna de las modalidades de caza permitidas (aguardos, recechos, batidas, ganchos o monterías) que determinen la irrupción del animal en la carretera que transcurre o linda por el coto de caza. Es, en definitiva, una responsabilidad de carácter objetiva a la que se deberá aplicar los requisitos descritos por el Tribunal Supremo en su abundante jurisprudencia sobre este tema.

En cuanto a la segunda causa (falta de diligencia en la conservación del terreno acotado), la doctrina ha criticado duramente su redacción y la jurisprudencia ha utilizado su equívoco significado para plasmar posiciones contradictorias. Más adelante, se analizará pormenorizadamente este supuesto.

c) Accidentes donde será responsable el propietario de los terrenos siempre de forma subsidiaria a la responsabilidad del titular del aprovechamiento cinegético y en los mismos casos que estos.

Tendrá lugar cuando concurra alguna de las dos causas expuestas anteriormente siempre que no exista titular del aprovechamiento cinegético. La doctrina ha cuestionado el contenido de esta norma al considerar que su contenido es también incomprensible ²³.

¹⁹ CUENCA ANAYA, F.: «Accidentes provocados por las piezas de caza en la Ley 17/2005, que reforma la de seguridad vial», *op. cit.*

²⁰ Ídem nota anterior.

²¹ Por ejemplo, puede observarse en la Sentencia núm. 169 de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3.ª, de 18 de abril de 2007, que reza: «Quiere ello decir que en los casos en los que se acredite el incumplimiento de las normas de circulación por parte del conductor del vehículo y que está tenga incidencia causal en el resultado producido, deberán valorarse las circunstancias del caso para determinar la final atribución al conductor, en todo o en parte, de responsabilidad respecto de los daños materiales y personales producido».

²² SOLAZ SOLAZ, E.: «Responsabilidad en los accidentes de tráfico por atropello de especies cinegéticas» en *Revista de Jurisprudencia*, Ed. El Derecho Editores, núm. 3, abril, 2006.

²³ Ídem nota 19.

Sin embargo, se vislumbra una interpretación en los casos en que el propietario del terreno acotado tiene cedido el aprovechamiento de una parte de la caza y se ha reservado el resto (así, por ejemplo, tiene cedido solo el aprovechamiento de caza mayor). En los casos en que el accidente es provocado por un animal distinto del objeto del aprovechamiento y este tiene su hábitat natural en dichos terrenos, deberá responder el propietario del terreno si concurre alguna de las dos causas citas. Esta cuestión será abordada con posterioridad.

d) Accidentes donde será responsable el titular de la vía pública cuando el accidente es consecuencia de su responsabilidad en el estado de conservación de la vía pública y en su señalización.

La doctrina y la jurisprudencia han considerado que, en estos casos, la Administración responde cuando el estado de conservación de la vía pública o la señalización de la misma es deficiente. Una lectura más serena del artículo, desvela una interpretación distinta. Así es, la utilización por el legislador de la conjunción «y» determina la concurrencia de ambas causas para que la Administración pueda resultar responsable.

A diferencia del párrafo anterior, donde el legislador hace responsable al titular del aprovechamiento cinegético, o al propietario en su defecto, cuando el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar «o» de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado; en este apartado, se impone obligación a la Administración de resarcir los daños que se produzcan cuando el accidente es consecuencia de su responsabilidad en el estado de conservación de la vía pública «y» en su señalización. Luego, o concurren ambas o parece que no puede haber responsabilidad de la Administración, ya que si la voluntad del legislador hubiera sido que respondiera cuando concurriera solo una de estas circunstancias, hubiera utilizado la conjunción «o» como en el caso anterior.

En relación con la segunda circunstancia, cabe recordar que se encuentra regulada en el artículo 149 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, en concreto la señal P-24 que advierte del paso de animales en libertad, y que significa: «peligro por la proximidad de un lugar donde frecuentemente la vía puede ser atravesada por animales en libertad». Pues bien, deberá ser la parte actora quien acredite esa frecuencia para establecerse la responsabilidad de la Administración respecto de esta circunstancia.

En definitiva, el legislador ha establecido las pautas para indicar los responsables en los supuestos excepcionales de este tipo de accidentes. En cambio, allí donde debería ser más preciso, donde debería establecer una mayor seguridad jurídica, en los casos más frecuentes, la norma adolece de una confusa redacción, con una expresión como la de «falta de diligencia en la conservación del terreno acotado» que está produciendo un indeseable abanico de interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales, que lejos de aportar una mínima seguridad jurídica, está comportando una batahola desde todos los sectores implicados.

4. LA JURISPRUDENCIA CONTRADICTORIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

En el presente apartado se expondrán las posiciones jurisprudenciales que se han venido produciendo tras la entrada en vigor de la reforma legislativa estudiada centrada en cuatro grandes apartados: 1) Responsabilidad objetiva versus responsabilidad subjetiva, 2) Significado de «falta de conservación del coto», y 3) Pieza de caza diferente a la del aprovechamiento del coto, y 4) La facilidad probatoria del artículo 217.6 de la LEC.

4.1. Responsabilidad objetiva versus responsabilidad subjetiva ²⁴

4.1.1. *Jurisprudencia que mantiene la responsabilidad objetiva de los titulares de los aprovechamientos cinegéticos y propietarios de los terrenos*

Esta jurisprudencia considera que la entrada en vigor de la nueva norma nada ha cambiado en cuanto a la aplicación de la responsabilidad de carácter objetiva en estos accidentes. Los argumentos de esta línea jurisprudencial se encuentran resumidos en la Sentencia núm. 333 de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 26 de octubre de 2009, donde se expone: «El precepto establece dos únicos supuestos de responsabilidad, el primero de carácter objetivo, pero limitado en el tiempo y el espacio (daños consecuencia directa de la acción de cazar) y el segundo, de carácter subjetivo o culpabilístico (daños por falta de diligencia en la conservación del terreno acotado). La tesis restrictiva que podría extraerse de la interpretación literal, y que defiende la parte apelada, es que, o la pieza de caza se cruza en la carretera huyendo de la batida, o el conductor perjudicado demuestra que el adjudicatario del coto ha infringido alguna norma reguladora de su actividad. Si no concurre ninguno de estos dos casos, nadie le resarce, como si hubiera padecido un suceso de fuerza mayor.

Sin embargo, el Tribunal estima que la interpretación de la norma no debe ignorar que la literalidad ha de ponerse «en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» (art. 3.1 del CC). Pues bien, el caso de daños causados por animales ha sido considerado el más antiguo de los de responsabilidad por riesgo. Ya el Derecho romano lo estimó como hecho encuadrado en los cuasidelitos, cuando un animal ocasionaba un daño sin culpa de su dueño y, sin embargo, se concedía al perjudicado una acción contra aquel (*v.gr. actio de pauperie*), tradición jurídica mantenida en el artículo 1.905 del Código Civil. Este es el primer y principal antecedente legislativo de la norma que interpretamos, máxime cuando está vigente y sin variación alguna. El Tribunal Supremo ha declarado de antiguo y con reiteración que el artículo 1.905 regula: «la responsabilidad con alcance objetivo del dueño de los animales, sin más causa de exoneración que la fuerza mayor o la culpa de la víctima» (Sentencia de 15 de marzo de 1982), «contempla una res-

²⁴ Algún sector doctrinal había defendido ya el cambio de responsabilidad tras la entrada en vigor de la disposición adicional sexta introducida por la Ley 19/2001, de 19 de diciembre (RODRÍGUEZ GONZÁLEZ J.I.: «Accidente por atropello de especie cinegética, ¿una modificación de los criterios de imputación objetiva de la responsabilidad civil extracontractual?») en *Diario La Ley* de 19 de febrero de 2003, año XXIII, núm. 5722).

ponsabilidad de carácter no culpabilista o por riesgo, inherente a la utilización del animal» (Sentencia de 28 de enero de 1986), esto es, «plenamente objetiva» (Sentencia de 21 de noviembre de 1998; véanse Sentencias de 26 de enero de 1972, 3 de abril de 1957, 23 de diciembre de 1952 o 19 de octubre de 1909). La denominada jurisprudencia menor se ha alineado con la del Tribunal Supremo, sin fisuras, y en la misma dirección regulan la Ley de Caza y su Reglamento la responsabilidad de los titulares de aprovechamientos cinegéticos, con carácter objetivo.

Podrá argumentarse que el criterio de especialidad otorga preferencia para la resolución de este caso a la disposición adicional novena de la Ley de Tráfico, sobre el Código Civil y la Ley de Caza, pero difícilmente podrá explicarse una interpretación que introduzca una excepción a los principios generales de la responsabilidad por daños causados por animales, sostenidos desde la tradición romana hasta el presente; justificar una exoneración de responsabilidad metida en una ley que regula el permiso de conducción por puntos y que carece de mención alguna en la exposición de motivos que nos pueda orientar»²⁵.

Puede observarse que esta jurisprudencia niega valor alguno a la reforma y mantiene el «status quo» reinante con anterioridad a la reforma legislativa, por lo que la nueva norma no tendría ningún valor normativo.

4.1.2. *Jurisprudencia que entiende que la nueva ley «dulcifica» o «matiza» la responsabilidad objetiva pero no introduce una responsabilidad por culpa*

Entienden los partidarios de esta postura que la nueva ley mantiene la responsabilidad objetiva pero matiza su contenido. Un ejemplo de este posicionamiento lo ofrece la Sentencia número 31 de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 29 de enero de 2008: «la mencionada norma únicamente viene a introducir una cierta atenuación a la responsabilidad objetiva que rige en esta materia, como ya lo apuntamos en la Sentencia de fecha 4 de mayo de 2006; pero no deroga sino que, a lo sumo, matiza la responsabilidad instaurada por el artículo 33 de la Ley de Caza, declarada, entre otras, de las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1982, 17 de mayo de 1983, 27 de mayo de 1985, 6 de febrero de 1987 y 30 de octubre de 2000; con base en las cuales se viene aplicando el principio de responsabilidad por riesgo derivado del uso, la explotación o la simple tenencia de determinados bienes, unas veces con carácter lucrativo, otras para su simple disfrute y ostentación, que ha determinado que aquellos lleven inherente la responsabilidad de los eventuales daños que produzcan, salvo casos de fuerza mayor o culpa de la víctima. Con base en lo cual, acreditados los requisitos exigidos para el surgimiento de la responsabilidad extracontractual, a saber, producción del daño, culpa o negligencia atribuible al causante del mismo (por no haber adoptado las medidas de seguridad necesarias para evitar la irrupción en la carretera de piezas de caza procedentes del coto de su titularidad) y relación de causalidad entre dicha conducta y el resultado dañoso cuya reparación se pretende, surge

²⁵ En contra de esta aplicación del artículo 3.1 del Código Civil, véase CUENCA ANAYA, F.: «Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales sobre la disposición Adicional Novena del Real Decreto Legislativo 339/1990 (accidentes provocados por piezas de caza)» en *Libro Homenaje a Alberto Ballarín Marcial*, Ed. Colegios Notariales de España, 2008, pág. 758, donde defiende que *in claris no fit interpretatio*.

la obligación de reparar, máxime cuando no existe otra razón a la que atribuir el suceso, al no haberse demostrado que mediara culpa por parte del conductor del vehículo, esto es, el incumplimiento de las normas de circulación a que alude el apartado primero de la disposición adicional novena de la Ley 17/2005; sin que tampoco conste que el estado de conservación de la calzada o su señalización fuere la causa del siniestro, supuesto en que la responsabilidad sería del titular de la vía».

No se aprecia diferencia alguna con la posición anterior. La aplicación de esta jurisprudencia basa su razonamiento jurídico en la idea de que el titular del aprovechamiento o el titular del terreno acotado podrán ahora exonerarse de responsabilidad si acreditan su diligencia en la conservación del coto. Ahora bien, a parte de producirse una evidente confusión entre responsabilidad y carga de la prueba, que se expondrá posteriormente, los parámetros de la exigencia en la conservación son tan amplios que, finalmente, siempre que se produzca el daño debe llevarse a cabo el resarcimiento, por lo que se recupera la teoría objetiva «pura» para todos los supuestos.

4.1.3. Jurisprudencia que entiende que la nueva norma solo es de aplicación en los casos en que se aprecie negligencia por parte del conductor, ya que faltando esta circunstancia debe aplicarse el artículo 33 de la Ley de Caza y el artículo 35 del Reglamento de Caza de 1971

Se encuentra razonado este reciente posicionamiento en la Sentencia núm. 9 de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.^a, de 14 de enero de 2010, que dice: «Una interpretación posible ante la falta de derogación de la Ley Nacional de Caza y la ausencia de toda Exposición de Motivos en la nueva regulación de Tráfico que permita aclarar las dudas que se suscitan, sería entender compatibilizando ambas regulaciones que la disposición adicional novena cuando habla de la responsabilidad del acotado o del titular de los terrenos limitada a las dos causas que describe, se refiere solo a los casos del párrafo precedente, es decir, aquellos en que ha concurrido también la culpa del conductor del vehículo, en cuyo caso y solo en los dos supuestos previstos responderá el acotado, mientras que cuando no concurra la culpa del conductor regirá la previsión general del artículo 33 de la Ley de Caza».

Y reitera posteriormente: «En definitiva, **no acreditada, en este caso, culpa o negligencia alguna en el conductor demandante, procede significar que la aplicación de la acción de cazar o falta de diligencia en la causación, solo se producirá cuando se le pueda imputar al conductor incumplimiento de normas de la circulación o la intervención de culpa relevante en la causación del siniestro, pero si no concurre esa falta de cumplimiento de las normas de circulación, se aplica, como se ha indicado, la responsabilidad del coto, conforme al artículo 33 de la LC/1970, en los términos avalados por las sentencias precedentes**».

Ténganse presentes las repercusiones que desde el punto de vista competencial supone esta posición. Ya que donde se indica que debería aplicarse el artículo 33 de la LC/1070, se debe recordar que ello solo es aplicable para las Comunidades Autónomas sin regulación en materia de caza (o que teniéndola no regulen este punto). Para los demás casos (la inmensa mayoría) será de aplicación la normativa de caza autonómica, con disposiciones distintas dependiendo de la vía donde se produzca el accidente.

Esta postura se complementa con la Sentencia número 23 de la misma Sección y Audiencia Provincial, de 21 de enero de 2010, que recoge un elemento adicional que reforzaría sus argumentos, cuando dice: «Ahora bien, el hecho de que la disposición adicional novena de la Ley 17/2005 establezca en el párrafo 2.º que la responsabilidad de los titulares de los aprovechamientos cinegéticos y de los propietarios de los terrenos, en su caso, "solo será exigible" "cuando el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar o de falta de diligencia en la conservación del terreno", solo es de aplicación en el supuesto de la responsabilidad por daños personales y patrimoniales de accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas, en los que al conductor del vehículo se le pueda imputar incumplimiento de las normas de circulación, **como se deduce de la expresión "en estos siniestros"**».

El criterio aplicable dependerá, pues, de si en el accidente existe o no negligencia del conductor. Si esta no concurre, será de aplicación la responsabilidad objetiva vigente antes de la aprobación de la disposición adicional novena. Si concurre la negligencia, solo podrá ser corresponsable el titular del aprovechamiento cinegético o el propietario del terreno del coto si se acredita una negligencia de conservación del terreno o que el accidente sea consecuencia directa de una acción de cazar.

4.1.4. Jurisprudencia que estima que se ha establecido un régimen de responsabilidad subjetiva

Frente a los anteriores planteamientos, un importante sector jurisprudencial considera que se ha producido un evidente cambio en el carácter de la responsabilidad en este tipo de accidentes acojiéndose por el legislador la doctrina culpabilística. Puede comprobarse en la Sentencia número 449 de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 5.ª, de 6 de noviembre de 2008: «Esta disposición (la disp. adic. novena) introduce una importante modificación en el régimen específico de la responsabilidad civil derivada de los accidentes de tráfico ocasionados por el atropello de especies cinegéticas, ya que, además de contemplar, en su párrafo primero, el incumplimiento de las normas de circulación por el conductor del vehículo como causa de imputación a este de la responsabilidad en el accidente, en una línea legislativa ya adelantada por la disposición adicional sexta de la Ley 19/2001, de 19 de diciembre, establece, en su párrafo segundo, un sistema de responsabilidad subjetiva, basado en la culpa o negligencia de los titulares de aprovechamientos cinegéticos y, subsidiariamente, de los propietarios de los terrenos acotados, por los daños personales y patrimoniales causados en estos siniestros, que viene a sustituir el sistema de responsabilidad objetiva, atenuada ya en la primera reforma citada, que regía la indemnización de los daños ocasionados por especies cinegéticas procedentes de dichos terrenos».

Algunos tribunales exponen incluso que: «El resultado de ello es la necesidad de absolver al coto, lo que traducido y elevado a términos más amplios significa que **en la práctica, la solución a lo que conduce el nuevo sistema legal es la de que un amplio número de supuestos en los que la caza provoca daños a terceros con ocasión de su atropello, van a quedar sin que nadie responda**, o dicho en otros términos, los tendrá que asumir el propio conductor, propietario o víctima de los daños personales acaecidos» situación que no debe extralimitar a los tribunales en su jurisprudencia ya que entienden «que no puede la Sala rebasar su ámbito competencial que es aplicar la ley y sien-

do nítida la voluntad del legislador de articular un nuevo régimen de responsabilidad con sus virtudes y sus defectos, no puede forzarse la interpretación de la norma mas allá de los límites legales para encontrar una solución que se entienda más adecuada pero que no soporte la subsunción legal» (Sentencia núm. 37 de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.ª, de 12 de enero de 2007). Y de ello se deriva de que los Tribunales no pueden rebasar el ámbito de interpretación que les corresponde sin dejar de considerar consecuencias indeseables para las víctimas en estos accidentes (Sentencia núm. 538 de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.ª, de 18 de julio de 2007).

4.2. Significado de la expresión «falta de conservación del coto»

El segundo grupo de sentencias que se analiza intenta definir qué debe entenderse por «falta de diligencia en la conservación del terreno acotado». Se pueden destacar estos pronunciamientos:

4.2.1. *Jurisprudencia que considera que falta de diligencia en la conservación equivale a «falta de vallado»*

Así lo destaca, por ejemplo, la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Castellón (cambian-do por tercera vez de criterio en dos años) en su Sentencia número 248, de 8 de julio de 2009, diciendo: «Nuestro criterio en la Sentencia número 393 de fecha 31 de julio de 2007 y en un supuesto muy similar al presente fue el que la ausencia de vallado sí integraba la falta de diligencia a que se refiere la norma y determinaba la obligación de indemnizar al perjudicado por el siniestro a cargo de la titular del aprovechamiento cinegético, razonando sobre esta cuestión: respecto de la disconformidad con la apreciación del Juez a quo referida a la falta de diligencia en la conservación del terreno acotado, por no estar vallado ni cercado de ningún modo, consideramos que no es errónea y debe mantenerse la misma, pues no se ha acreditado por las demandadas hoy recurrentes que concurren circunstancias que determinen la imposibilidad legal de proceder al vallado o cercado del coto en el límite de confluencia con la vía pública, cuestión esta que ni siquiera se alegó de forma expresa en la primera instancia, siendo una cuestión nueva en la alzada.

Ahora bien, en resoluciones posteriores, Sentencias número 392, de fecha 11 de septiembre de 2008, número 415, de 19 de septiembre de 2008 y número 479, de 21 de octubre de 2008, entendíamos que en el concepto de falta de conservación del terreno no podía incluirse la ausencia de vallado o cerramiento y concluimos que ni el cerramiento podía realizarse de forma discrecional o generalizada ni ser impuesto a los titulares de los fundos o parcelas integrantes del terreno litigioso.

Ahora, al volver a plantearnos esta polémica cuestión en el presente caso, modificamos nuestro criterio estimando que la previsión legal de responsabilidad de los titulares de aprovechamientos cinegéticos por falta de conservación del terreno acotado sí se refiere a la falta de vallado o cercado del coto en la parte del terreno que linda con la carretera y, por tanto, que la exclusión de la responsabilidad, en todo caso de falta de vallado, lo que comporta es una exoneración total de responsabilidad de los titulares de aprovechamientos cinegéticos no prevista en la norma y supone una despro-

tección del perjudicado por el atropello del animal de caza que ha irrumpido en la calzada y constituido un obstáculo que no ha podido evitar pese a conducir de forma diligente.

Así pues, aun partiendo de que no exista obligación legal de proceder al vallado del terreno acotado para el propietario del terreno ni para el titular del coto, y que no sea discrecional el cercado del terreno acotado sino que precise de la pertinente autorización (art. 22 de la Ley 13/2004, de 27 de diciembre, de Caza de la Comunidad Valenciana) entendemos que la diligencia exigible a la persona o entidad que gestiona la actividad de aprovechamiento cinegético de un terreno y se beneficia de la actividad de cazar para la conservación del terreno acotado, comprende el adoptar las medidas para impedir que los animales de caza irrumpen en la vía colindante a fin de evitar, o al menos disminuir, el riesgo previsible de que se produzcan accidentes de tráfico por su atropello y no nos cabe duda alguna de que el vallado o cercado en la zona que linda con la carretera es una medida idónea para conseguir paliar este riesgo.

Y por tanto, entendemos que la falta de adopción de medida alguna para evitar el paso de animales de caza a la carretera, sea vallado, cercado o cualquier otro medio que impida el paso de los animales a la vía lindante con el terreno acotado, determina la responsabilidad del titular de la explotación cinegética sin perjuicio de que a su vez sería factible que quedara exonerado en aquellos supuestos en que se acreditara que se ha actuado de forma diligente, solicitando la pertinente autorización y adoptando las medidas concretas que se hayan autorizado por la Administración»²⁶. En contra de esta postura, existe abundante jurisprudencia que considera que los cotos no son fincas, que en muchas ocasiones el vallado se halla prohibido por la ley y que la posibilidad de vallar es un derecho del propietario pero, en ningún caso, una obligación²⁷.

²⁶ En la doctrina ha defendido esta argumentación ORTUÑO NAVALÓN, C. y MANZANA LAGUARDA, R.: *Régimen de responsabilidades dimanantes de la caza*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pág. 159.

²⁷ Por todas, Sentencia núm. 132 de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1.ª, de 22 de septiembre de 2009, cuando destaca: «Pues bien, la cuestión planteada no es nueva para este Tribunal, que reiteradamente (SSAP Castellón, Sección 1.ª, núm. 201/2007, de 10 de octubre, 16 de abril de 2008, núm. 179/2008, de 10 de septiembre y 15 de diciembre de 2008) ha sostenido que esa falta de conservación del terreno acotado no debe ser identificada, sin más, con el cerramiento del mismo, resultando imposible equiparar la falta de vallado a la de conservación del terreno [SAP Lugo Sección 1.ª, de 22 de enero de 2007 (Rec. 401/2006)]. Y ello es así porque cuando la norma se refiere a la falta de conservación del terreno acotado se está refiriendo a la falta de cuidado en impedir la multiplicación de la caza o dificultar la acción de los diversos dueños de las fincas vecinas para perseguirla a que se refiere el artículo 1.906 CC (SAP Gerona, Sección 1.ª, núm. 19/2007, de 25 de enero), es decir, al diligente mantenimiento de la pirámide poblacional de especies, adoptando las cautelas exigibles para evitar la superpoblación y los riesgos derivados de la misma para la circulación vial por las carreteras que discurren por los alrededores de los terrenos [SAP Soria, Sección 1.ª, núm. 148/2006, de 29 de diciembre (Rec. 216/2006)], sin que por ello la existencia o no de vallado en un terreno cinegético sea determinante en la correcta o incorrecta conservación del mismo.

Pero es que, además del propio concepto al que se refiere la ley, existen otras razones de peso que impiden equiparar la falta de conservación del terreno con la falta de vallado del mismo, y que son:

1.ª Que un coto de caza no es una finca sino una superficie de terreno de aprovechamiento cinegético que la constituyen una pluralidad de fincas de distintos propietarios que no pueden ser obligados a cerrar sus predios en su colindancia con vías públicas, por ello no es posible reconducir un derecho ejercitable (art. 388 del CC) a su imposición como deber [SAP Orense, Sección 2.ª, de 2 de octubre de 2006 (La Ley Juris 1946, 2006), dictada con ocasión de la irrupción de jabalíes en la vía].

2.ª No es posible afirmar que la eventual existencia de vallados en el medio natural sea compatible con los requerimientos de movilidad de la fauna para asegurar su conservación y biodiversidad. El vallado sistemático de todos los terrenos cinegéticos, sea cual sea su forma de caza (mayor o menor), provocaría una serie de consecuencias negativas sobre los propios terrenos cinegéticos (degradación del "hábitat" como consecuencia de una presión trófica excesiva), sobre la fauna cine-

4.2.2. *Jurisprudencia que considera que falta de diligencia en la conservación del coto significa inobservancia de la normativa técnico-administrativa o el incumplimiento de Plan Cinegético del coto*

Así se reconoce en la Sentencia número 552 de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.^a, de 26 de julio de 2007: «la nueva norma establece que solo responderá cuando el accidente sea consecuencia de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado. No se acreditó que el accidente sea consecuencia de la acción de cazar, no siendo el hecho acaecido en hora permitida para la caza y tampoco existe prueba de inobservancia de la normativa técnico-administrativa del coto o que se hubiera producido un incumplimiento del Plan Cinegético del mismo». Por el contrario, la Sentencia número 101 de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.^a, de 4 de junio de 2006, considera que el cumplimiento de las disposiciones del Plan Cinegético no exime de una falta de conservación del mismo.

En este sentido, se puede llegar incluso a plantear la responsabilidad de la Administración autonómica en este tipo de siniestros. En la medida que el Plan Cinegético planeado por la Administración y que ha sido ejecutado por el propietario siguiendo las disposiciones del mismo, ha resultado insuficiente para impedir la producción del accidente, debe ser aquella la que responda de los daños que pudieran producirse.

4.2.3. *Jurisprudencia que establece que falta de diligencia en la conservación del coto supone «no adoptar las medidas necesarias para evitar la irrupción en la carretera de piezas de caza procedentes de coto de su titularidad»*

Se establece la obligación del titular del aprovechamiento cinegético de tomar todas las medidas que fueren necesarias para evitar el accidente y, además, debe probarlas. Estas medidas son un auténtico cajón de sastre que pueden abarcar desde el simple vallado a marcas de olor²⁸, reflectan-

gética (alteración del comportamiento al interrumpir el paso de los animales hacia sus lugares de alimentación y descanso, impidiendo 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, etc.), además de determinar la fragmentación de los ecosistemas naturales e impactar negativamente en otros valores naturales [SAP Soria, Sección 1.^a, núm. 148/2006, de 29 de diciembre (Rec. 216/2006) dictada con ocasión de la irrupción de un corzo en la carretera].

3.^a Ese cierre o vallado total o parcial, además de no constituir ninguna obligación legal ni administrativa para los cotos de caza, encuentra serios límites en la normativa vigente al establecerse las condiciones técnicas y administrativas del cercado (art. 19.9 del Reglamento de la Ley de Caza) como configurarse el espíritu y finalidad de su colocación, ex artículo 34 f) de la Ley 4/1989, de 27 de marzo de Conservación de las Especies naturales de la Flora y Fauna Silvestre que señala que "los cercados y vallados de terrenos cinegéticos deberán construirse de forma tal que no impidan la circulación de la fauna silvestre no cinegética". Incluso la legislación autonómica de caza viene exigiendo la previa autorización administrativa para el cerramiento de los cotos de caza. La SAP Cáceres, Sección 1.^a, núm. 18/2007, de 16 de enero (Rec. 582/2006) dictada con ocasión del accidente de circulación ocurrido por la irrupción de un ciervo en la vía, rechaza la exigencia de vallado como motivo de falta de diligencia en la conservación del terreno afirmando, entre otras razones, que para el cerramiento de los cotos de caza se precisa la autorización de la Junta de Extremadura, cuya concesión es sumamente difícil.»

²⁸ Medida que está resultando muy efectiva en Alemania. Al efecto, puede consultarse la página web de la Policía de Hesse <http://www.polizei.hessen.de/internetzentral/nav/61c/61c70ee1-825a-f6f8-6373-a91bbcb63046&uCon=03c6c71b-165a-b212-6284-f12109241c24&uTem=bff71055-bb1d-50f1-2860-72700266cb59.htm>, donde se señala que gracias a este sistema han reducido cerca de un 60% este tipo de accidentes.

tes, un servicio de vigilancia, redes, aguardas y esperas, paredes, muros —«cercones»—, batidas para controlar la población de una especie, solicitar el cerrado del coto a la Administración habiéndolo esta denegado, observancia de la normativa técnico administrativa, cumplimiento de las obligaciones del Plan Cinegético, etc. Así, recoge la Sentencia número 298 de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 23 de noviembre de 2009, esta postura: «la diligencia de la demandada, tal y como dice la sentencia ya citada de 5 de noviembre de 2007 (Sección Primera) no se puede cifrar sin más en el cumplimiento de los requisitos administrativos respecto a que la finca se encontrara vallada, con doble valla y con malla cinegética; la diligencia no está solo en el cumplimiento de los requisitos administrativos, que solo se constituyen en el requisito mínimo exigible, sino en el adoptar todas las medidas necesarias para que no puedan causarse daños a terceros, y si a pesar de ello se causan no cabe sino indemnizar por el daño producido».

No parece que esta postura ayude demasiado a definir la expresión. Pero es que, además, supone la vuelta a la responsabilidad objetiva. El titular del aprovechamiento del coto o el propietario del terreno no podrá nunca colmar el «círculo» de responsabilidad, ya que cuando se produzca un accidente siempre responderá porque siempre podrá achacársele algún tipo de negligencia, o peor aún, aun cuando hubiere adoptado todas las medidas imaginables y, a pesar de ello, se producen daños en un atropello de especie cinegética, deberá responder.

En cierto modo parece aplicarse por analogía el criterio utilizado para las empresas concesionarias de autopistas donde en estos accidentes se impone la responsabilidad por los daños a la concesionaria con independencia de las medidas que hubiera adoptado. Se vuelve, en este caso, a la «imposible prueba del agotamiento de la diligencia»²⁹.

4.3. Pieza de caza diferente a la del aprovechamiento del coto

Finalmente, cabe apuntar una reciente jurisprudencia que ha venido interpretando la nueva regulación con base en dos importantes sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo: la Sentencia número 1337, de 22 de diciembre de 2006, y la Sentencia número 912, de 23 de julio de 2007. Esta jurisprudencia se refiere a los casos en que el animal atropellado no pertenece a los del aprove-

²⁹ Sobre este aspecto resulta ilustrativo el artículo de SÁNCHEZ ALBARRÁN, O.A.: «Autopistas de peaje y animales: la imposible prueba "del agotamiento de la diligencia"» en *Diario La Ley* de 9 de noviembre de 2009, año XXX, núm. 7279. Recoge este autor que: «Resulta claro, razonable y justo, como hemos visto, que a la sociedad concesionaria no se le pueden exigir la adopción de aquellas medidas que estén más allá, no ya de las legalmente permitidas, sino de lo humana y razonablemente posibles para evitar que la fauna acceda al encintado de la Autopista, porque ello supondría la creación de un deber de control o vigilancia de imposible o exorbitado cumplimiento».

Jurídicamente resulta inaceptable que sin existir un solo precepto en nuestro ordenamiento jurídico que establezca una responsabilidad objetiva en el sector autopistas, acreditándose por parte de la concesionaria que ha actuado con la diligencia debida —perfecto estado de las vallas de cerramiento, pasos de fauna, equipos móviles, etc.—, se haga responder a esta de manera objetiva amparándose bien en la responsabilidad extracontractual (a pesar de probar la diligencia debida con la que actúa y sin existir ninguna negligencia) bien en la responsabilidad contractual (cuando no existe incumplimiento contractual alguno, ni este ha quedado probado o acreditado, o incluso podría estar dentro de los supuestos de fuerza mayor o caso fortuito), exigiendo un «agotamiento de la diligencia» que supone la imposición de una prestación a la concesionaria de imposible cumplimiento».

chamamiento del coto (es decir, la especie atropellada es de caza mayor y el coto solo tiene un aprovechamiento de caza menor, por ejemplo). Se puede esquematizar esta postura en la Sentencia núm. 120 de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1.^a, de 7 de abril de 2009, que expone: «No podemos dejar de señalar el criterio de este Tribunal en cuanto a la disposición adicional novena del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, incorporada por la Ley 17/2005, de 19 de julio, en cuanto a que la reforma operada por la misma únicamente viene a introducir una cierta atenuación a la responsabilidad objetiva que rige en esta materia, por lo que la referida modificación legislativa no deroga sino que, a lo sumo, matiza la responsabilidad instaurada por el artículo 33 de la Ley de Caza, declarada entre otras, por las Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1982, 17 de mayo de 1983, 27 de mayo de 1985, 6 de febrero de 1987 y 30 de octubre de 2000, con base en las cuales se viene aplicando el principio de responsabilidad por riesgo derivado del uso, la explotación o la simple tenencia de determinados bienes, unas veces con carácter lucrativo, otras para su simple disfrute y ostentación, que ha determinado que aquellos lleven inherente la responsabilidad de los eventuales daños que produzcan, salvo casos de fuerza mayor o culpa de la víctima» y esa matización se concreta en que el titular del aprovechamiento cinegético responderá de los daños causados por los animales que son objeto de su aprovechamiento, mientras que de los demás solo responderá el propietario del terreno si se acredita negligencia por su parte, quedando excluido en el caso de que la presencia del animal en el coto fuera ocasional, casual o puntual. Por eso la sentencia concluye: «Que, en el caso que nos ocupa no se cuestiona que el jabalí salió a la carretera desde el coto LO-10028, ni que el aprovechamiento cinegético respecto a la caza menor y al corzo en cuanto a caza mayor corresponde a la Sociedad de Cazadores La Pedriza, demandada en este procedimiento, que no tiene el aprovechamiento de la especie jabalí. Ahora bien, ninguna acreditación aporta el actor, con carga de la prueba que le correspondía, dada la situación fáctica expuesta de que en el coto habitan jabalíes, ni siquiera su presencia temporal. No se ha solicitado la aportación del Plan Técnico del coto, ni siquiera informe sobre si el hábitat del coto propicia o no excluye la presencia de jabalíes, no resultando admisible al respecto como pretensión de acreditación las meras alegaciones de la parte actora. Esto es, el animal causante del daño, un jabalí, no forma parte del aprovechamiento principal y tampoco de otros aprovechamientos secundarios dentro del terreno acotado al margen de la presencia casual, ocasional o puntual del ejemplar que intervino en el siniestro, por lo que ninguna medida de control podrá exigirse a la sociedad demandada respecto a la especie jabalí.». En el mismo sentido la Sentencia núm. 90 de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1.^a, de 19 de febrero de 2009.

Ahora bien, si se observa la redacción de las sentencias del Tribunal Supremo citadas, se debe concluir que estas no se están refiriendo a la nueva legislación sino que analizan la responsabilidad derivada del artículo 33 de la Ley de Caza. Así pues, esta jurisprudencia mantiene la vigencia de la Ley de Caza en la aplicación de estos accidentes cuando el animal causante del daño no forme parte de aprovechamiento cinegético (con las implicaciones en cuanto al ámbito competencial de las Comunidades Autónomas antes expuesto). En contra de esta línea jurisprudencial véase por todas la Sentencia núm. 444 de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.^a, de 20 de noviembre de 2007, que indica: «Indiscutida en el presente caso la existencia en el acotado demandado de hábitat correspondiente a la pieza de caza mayor (corzo) contra la que se produjo el accidente, la circunstancia de disponer el acotado solo de aprovechamiento de caza menor no le excluye su responsabilidad por la producción del daño en atención a que bien pudo interesar también ese otro tipo de aprovechamiento,

se impide a terceros el ejercicio de la caza y su control en el acotado, siendo facultad del acotado interesar y adoptar medidas de control de ese otro tipo de aprovechamiento, incluso de tipo excepcional para garantizar la seguridad del tráfico [art. 44.1 f) de la Ley autonómica], sin que conste se hayan adoptado».

4.4. La facilidad probatoria del artículo 217.6 de la LEC

Por lo que se refiere a la carga de la prueba, ya dentro del marco procesal, la jurisprudencia ha utilizado también esta institución para la «caza» del responsable. Un ejemplo claro es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias número 67, de 15 de febrero de 2007 que señala: «El precepto (la disp. adic. novena) determina que los daños solo serán exigibles a los titulares de aprovechamientos cinegéticos cuando el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado; ahora bien, el desenvolvimiento de la norma en el seno de un conflicto procesal supone, como ya ha señalado esta Sala, que incumbe al actor probar el daño y el nexo causal de este con impacto con animal proveniente del aprovechamiento cinegético pero no puede exigírsele que tenga capacidad de probar la organización y funcionamiento del aprovechamiento, pues se encuadran en esfera interna de una titularidad a lo que es ajeno, por ello, atendiendo al principio de disponibilidad y facilidad probatoria consagrado en el artículo 217.6 de la LEC, es el titular de aquel espacio cinegético quien puede argumentar y probar su uso bajo unas pautas de diligente empleo y cuidado, actividad probatoria en el caso totalmente ausente». En este mismo sentido la Sentencia núm. 55 de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, de 10 de febrero de 2009, que establece un peculiar sistema de responsabilidad por culpa: «Es decir, al parecer de esta Sala, el alcance de la reforma no es otro que introducir un sistema de responsabilidad por culpa del titular del coto, en virtud del cual, este tiene ahora la oportunidad de probar que empleó la diligencia debida para evitar el daño y, solo en ese caso, resultará exonerado. Ello es así además, pues el criterio de la facilidad probatoria aconseja igualmente que, en estos casos, sea el demandado quien cargue con la obligación de acreditar su comportamiento diligente». En contra de este criterio en la carga de la prueba, véase Sentencia núm. 135 de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, de 27 de marzo de 2008.

Resulta muy acertada, en este sentido, la conclusión a la que llega SANJURJO RÍOS³⁰ cuando afirma: «No obstante, pese a ello, la inercia jurisprudencial, en virtud de la aplicación de mecanismos procesales –como el dispuesto en el art. 217.7 de la LEC referente al principio de disponibilidad o facilidad probatoria–, o como consecuencia de la aplicación de creaciones jurisprudenciales –como la prueba prima facie– viene modulando el sistema de distribución de la carga de la prueba que correspondería conforme a la aplicación de los apartados 1.º y 2.º del artículo 217 de la LEC, puestos en consonancia con lo fijado por la disposición de tráfico, de tal forma que al actor se le continúa exonerando de probar la culpa del demandado y, en consecuencia, dicha carga pasa a recaer sobre el titular del aprovechamiento cinegético, lo cual a efectos prácticos supone un retorno al sistema de responsabilidad objetiva impuesta por las viejas normas, y que precisamente con la nueva regulación trataba de evitarse».

³⁰ SANJURJO RÍOS, E.I.: «La carga de la prueba en los accidentes provocados por las piezas de caza» en *Diario La Ley* de 26 de diciembre de 2008, año XXIX, núm. 7083.

Se puede añadir que además se produce una evidente fusión en esta jurisprudencia de dos planos totalmente distintos: el carácter de la responsabilidad (objetiva/subjetiva) y el mecanismo procesal de la carga de la prueba; que no debieran ser confundidos y que, sin embargo, inspiran estos pronunciamientos jurisprudenciales. Y es que una cosa es qué debe probar cada una de las partes y otra, muy distinta, cómo debe probarla.

5. DOS PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

En el presente trabajo se ha dibujado el amplio abanico jurisprudencial en la resolución de accidentes por atropello de especies cinegéticas que comporta una inseguridad jurídica indeseable para todos los intervinientes como consecuencia de una redacción de la norma desacertada.

Por ello se hace precisa una reforma legislativa que debe abarcar dos ámbitos de actuación. En primer lugar, debe procederse a una modificación de la expresión «falta de diligencia en la conservación del terreno acotado» por otra expresión que clarifique su significado o bien, simplemente, realizar una definición legal de la misma.

En segundo lugar, se debe recoger un régimen de responsabilidad para los supuestos en que la aplicación de la nueva normativa deja fuera de cobertura. Y se observan tres posibilidades: hacer recaer esta responsabilidad en el Estado, en el conductor del automóvil o en los titulares de los aprovechamientos cinegéticos o, en su defecto, en los propietarios ³¹.

Ante la situación descrita se proponen dos soluciones de *lege ferenda*: la constitución de un Fondo para aquellos casos en que no se aprecie responsable alguno a tenor de una interpretación restrictiva de la nueva legislación o la asunción por parte del Consorcio de Compensación de Seguros del pago de las indemnizaciones derivadas de estos siniestros.

En la primera propuesta se establecería un Fondo al que deberían hacer aportaciones, en la proporción que se determine, todos los implicados en estos siniestros (es decir, conductores, aseguradoras, titulares de aprovechamientos cinegéticos, propietarios de terrenos acotados y Administraciones públicas). Cuando se produjera un accidente donde no exista negligencia por parte de ninguno de los indicados, el Fondo debería satisfacer los daños corporales totalmente y los daños patrimoniales hasta una cantidad máxima que deberá fijarse.

³¹ CUENCA ANAYA y SOLAZ SOLAZ en las obras reseñadas anteriormente han defendido que debe responder por estos daños la Administración titular de la vía donde se produce el accidente, sin embargo, la jurisprudencia contencioso-administrativa ya ha vedado esta posibilidad al considerar que la Administración no puede ser una «aseguradora universal» (por todas, Sentencia núm. 814 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de noviembre de 2008). Sin embargo, se está recogiendo desde el año 2007 la responsabilidad de la Comunidad Autónoma de Aragón en este tipo de accidentes por la aplicación de la Ley de Caza autonómica en detrimento de la norma estatal.

De esta forma aquellos supuestos en los que siguiendo una interpretación estricta de la norma (o, simplemente, considerando que debe aplicarse la responsabilidad subjetiva) nadie resultase obligado al pago de las indemnizaciones de los daños que se produjeran, serían afrontadas por este Fondo.

La segunda propuesta es la que se está aplicando actualmente en Francia. Efectivamente, en el país vecino las indemnizaciones en estos accidentes han sido simplificadas.

El «Fonds de Garantie» (institución similar a nuestro Consorcio de Compensación de Seguros) se ha encargado desde 2003 de las indemnizaciones de las víctimas de accidentes con fauna salvaje, de acuerdo con lo previsto en el artículo L421.1 del Código de Seguros (ya desde 1977 se hace cargo de los accidentes de circulación causados por animales domésticos no asegurados por sus propietarios o de propietarios desconocidos). La víctima simplemente debe dirigirse a su compañía aseguradora en caso de accidente. Esta envía un perito que comprueba los daños y que se trata realmente de un accidente con animal salvaje. Si este perito con base en las pruebas que le facilite la víctima (atestado de la policía, fotos, restos, etc.) certifica el accidente, la compañía aseguradora abonará la cantidad pertinente si el conductor posee un seguro a todo riesgo y luego la mercantil se dirigirá al «Fonds de Garantie» para que le reembolse esta cantidad. Si el conductor posee un seguro a terceros, la propia compañía ayuda al conductor a dirigir su petición al «Fonds de Garantie» que procederá al pago. En cualquier caso, la petición debe realizarse dentro de los seis meses siguientes a la fecha del accidente³².

El sistema resulta acertado por la sencillez del mismo y por la rápida reparación del conductor. En su implantación en nuestro país debería debatirse la ampliación a los animales domésticos (para evitar las contradicciones que se presentan al inicio del presente trabajo) y debería observarse un procedimiento igual de simple, donde la víctima con la simple presentación del atestado de la policía, donde se acredite la ausencia de negligencia por parte del conductor y la existencia de un atropello de un animal (sin perjuicio de otras pruebas que pueda presentar la víctima), debería ser indemnizada por el Consorcio de Compensación de Seguros. Esta institución podría luego repetir (si así lo estimara oportuno) contra quien considerase que ha actuado negligentemente (Administración pública competente, titular del aprovechamiento cinegético, titular del terreno acotado, propietario de animal no asegurado, etc.).

6. CONCLUSIONES

La visión jurisprudencial que se ha realizado en este estudio ha permitido revelar la finalidad de la Ley 17/2005, de 19 de julio, introdujo en el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor

³² Cabe indicar que, de acuerdo con la legislación francesa, los daños corporales no suelen estar limitados pero los daños patrimoniales tienen un límite fijado por un decreto de Conseil d'Etat.

y Seguridad Vial, una disposición adicional novena para solventar las responsabilidades derivadas de los accidentes por atropello de especies cinegéticas ha resultado un evidente fracaso. Tras prácticamente cinco años de vigencia, se puede afirmar ya que la inseguridad jurídica derivada de esta norma exige una nueva regulación de esta materia donde se afronten con decisión las responsabilidades exigibles y se clarifiquen los criterios de imputación.

Un simple repaso de la doctrina y de la jurisprudencia permite apreciar que las posturas sobre esta materia van desde el inmovilismo más absoluto hasta un cambio radical del carácter de la responsabilidad en estos accidentes, pasando por las más variadas interpretaciones de la norma. Sin embargo, todas las posiciones confluyen en un criterio común: la deficiente redacción de la norma. La omisión de la regulación de los supuestos más habituales de este tipo de accidentes ha conducido a la jurisprudencia a la caza de un responsable que la disposición legal ha omitido.

Para el éxito de la labor a realizar se deberá previamente, sin embargo, delimitar la naturaleza jurídica de las piezas de caza, el ámbito competencial entre las Comunidades Autónomas y el Estado y las características de la actividad venatoria en la actualidad para configurar un punto de partida firme para una reflexión fundamentada.

El legislador, finalmente, debería optar por una modificación legislativa que permita aclarar el régimen que quiso establecer en el año 2005 o por un nuevo criterio normativo. En este último caso se proponen dos soluciones: la creación de un Fondo sufragado por los implicados por estos accidentes, en la proporción que se determine o el pago de las indemnizaciones por el Consorcio de Compensación de Seguros, sin perjuicio de que este pueda repetir contra quien considere oportuno en cada caso.

Los principios de igualdad, de tutela judicial efectiva y de seguridad jurídica reclaman para esta problemática una solución inmediata.

El legislador tiene la palabra.

7. BIBLIOGRAFÍA

BLANC ALTEMIR, A.: *El patrimonio común de la humanidad. Hacia un régimen jurídico internacional para su gestión*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992.

CABALLERO LOZANO, J.M.: «La nueva responsabilidad por daños causados por piezas de caza en Castilla y León tras la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, de medidas financieras» en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 10, septiembre de 2006, págs. 135 a 206.

CUENCA ANAYA, F.: «Accidentes provocados por las piezas de caza en la ley 17/2005, que reforma la de seguridad vial», en *Diario La Ley* de 21 de septiembre de 2005, año XXVI, núm. 6323.

- «De nuevo sobre accidentes provocados por las piezas de caza en la carretera» en *Diario La Ley* de 18 de diciembre de 2006, año XXVII, núm. 6611.
- «Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales sobre la disposición Adicional Novena del Real Decreto Legislativo 339/1990 (accidentes provocados por piezas de caza)» en *Libro Homenaje a Alberto Ballarín Marcial*, Ed. Colegios Notariales de España, 2008.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: «Responsabilidad Patrimonial de la Administración en accidentes de tráfico por atropello de especies cinegéticas» en la *Revista de responsabilidad civil y seguro*, en Internet en la dirección electrónica: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/doctrina03.pdf?phpMyAdmin=9eb1fd7fe71cf931d588191bc9123527> (última entrada, 10 de abril de 2010).
- GALLEGU DOMÍNGUEZ, I.: *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por los animales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.
- GARCÍA ASENSIO, J.M.: «¿La caza ya no es *res nullius*? Breve comentario al art. 36.1 de la Ley 43/2003 de Montes» en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, núm. 20, Tomo 3, 2005.
- GUERRA POSADAS, R.: «La responsabilidad por los accidentes de tráfico provocados por las especies cinegéticas tras la reforma de la Ley de Caza de Castilla y León operada por la Ley 10/2009, de 17 de diciembre, de Medidas Financieras» en *Revista Jurídica de Castilla León*, núm. 22, septiembre de 2010, págs. 213 a 254.
- INSERGUET-BRISSET, V.: *Propriété publique et environnement*, LDGJ, París, 1984.
- LAGUNA DE PAZ, J.C.: *Libertad y propiedad en el derecho de caza*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.
- LÓPEZ RAMÓN, F.: *La protección de la fauna en el derecho español*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1980.
- MARTÍN MATEO, R.: «La protección de la flora y la fauna» en *Revista Vasca de Administración Pública*, 1995, enero-abril, (41), págs. 647 a 659.
- ORTUÑO NAVALÓN, C. y MANZANA LAGUARDA, R.: *Régimen de responsabilidades dimanantes de la caza*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2007.
- PASCUAL MEDRANO, A.: «Competencias del Estado y lealtad constitucional: un ejemplo poco alentador (la responsabilidad civil por daños provocados por animales de caza)» en *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 9, octubre 2009.
- PÉREZ MONGUIÓ, J.M. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P.: *Daños y especies cinegéticas*, Ed. Bosch, Barcelona, 2009.
- PUREZA, J.M.: *El patrimonio común de la humanidad. ¿Hacia un derecho internacional de solidaridad?*, Ed. Trotta, Madrid, 2002.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J.I.: «Accidente por atropello de especie cinegética, ¿una modificación de los criterios de imputación objetiva de la responsabilidad civil extracontractual?» en *Diario La Ley* de 19 de febrero de 2003, año XXIII, núm. 5722.

SÁNCHEZ ALBARRÁN, O.A.: «Autopistas de peaje y animales: la imposible prueba "del agotamiento de la diligencia"» en *Diario La Ley* de 9 de noviembre de 2009, año XXX, núm. 7279.

SÁNCHEZ GASCÓN, A.: *El derecho de caza en España*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988.

SANJURJO RÍOS, E.I.: «La carga de la prueba en los accidentes provocados por las piezas de caza» en *Diario La Ley* de 26 de diciembre de 2008, año XXIX, núm. 7083.

SOLAZ SOLAZ, E.: «Responsabilidad en los accidentes de tráfico por atropello de especies cinegéticas» en *Revista de Jurisprudencia*, Ed. El Derecho Editores, núm. 3, abril, 2006.

VICENTE DOMINGO, E.: «Accidentes de circulación causados por la caza» en *Actualidad Civil*, núm. 3, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 de febrero, 2006.