

## **CONCEPTO DE BUQUE O EMBARCACION**

STS Nº 1235/ 2000, de 29 de diciembre de 2000 (CIVIL)

### **RESUMEN**

La sentencia de primera instancia desestimaba la demanda por prescripción de la acción, la Audiencia Provincial la revocó en grado de apelación, estimando íntegramente la demanda y el Tribunal Supremo casa y anula la recurrida, estimando la prescripción de la acción. Se centra el debate en torno a si la embarcación reparada por la actora puede calificarse como "buque" y por ende si le resulta de aplicación la prescripción establecida en el Código de Comercio. Afirma la Sala, acogiendo la interpretación amplia de buque plasmada por la doctrina moderna, afirma que esta concepción amplia tiene su reflejo en el concepto de buque, en el que se incluyen los aparatos que reúnan los requisitos de flotabilidad y navegabilidad y que pueda ser utilizado como medio de transporte por mar, excluyéndose de este requisito la necesidad de que sea destinado al tráfico marítimo con finalidad lucrativa, y ello sobre la base del criterio interpretativo del art. 3.1 del Código Civil, teniendo en cuenta que la realidad social actual impone una ampliación del ámbito de la actividad marítima que, si al tiempo de la promulgación del Código de Comercio se limitaba al transporte de personas y cosas como actividades con ánimo de lucro, en la actualidad se extiende a otras actividades desconocidas en aquella época y que han de quedar amparadas por las normas reguladoras del tráfico marítimo y, en consecuencia, ha de entenderse que la embarcación propiedad del demandado-recurrente, ha de ser considerada como buque a la que son aplicables las normas del Código de Comercio, entre ellas, el art. 952.1º, que establece la prescripción anual de las acciones nacidas de la reparación del buque. Procediendo la estimación del recurso.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el presente recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, como consecuencia de autos de juicio declarativo, ordinario de menor cuantía; seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Once de Palma de Mallorca; sobre reclamación de cantidad; cuyo recurso ha sido interpuesto por D. IGNACIO HERRERO GARRALDA, representado por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro V.G. siendo parte recurrida ASTILLEROS DE MALLORCA, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. José G.C. (fallecido y sustituido posteriormente por su compañera Dª Paloma S.L.).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **PRIMERO.**

1.- El Procurador de los Tribunales D. Antonio C.F., en nombre y representación de Astilleros de Mallorca, S.A., formuló demanda de menor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia Número Once de los de Palma de Mallorca, contra D. Ignacio H.G..S. reclamación de cantidad; en la cual tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictara sentencia condenando al demandado al pago de la cantidad de 9.186.599.- pts., más los intereses de demora de dicha suma y las costas del juicio. Por otrosí suplicaba. "se sirva decretar el embargo del buque ALBACOR, propiedad del demandado, y sito en las instalaciones del Club de Mar de Palma de Mallorca".

2.- Admitida a trámite la demanda y emplazado el demandado se personó en autos la Procuradora Dª Clara S.A., en nombre y representación de D. Ignacio H.G.A., quien contestó a la demanda formulada de contrario, y tras invocar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes al caso, terminó suplicando al Juzgado dictara sentencia en la que se declare la improcedencia de la reclamación al haber prescrito la acción para exigir el cumplimiento de la deuda que se pide y, por ende, se rechace la demanda por extemporánea, con expresa condena en costas a ASTILLEROS DE MALLORCA, S.A. por la temeridad al interponer esta demanda".

4.- Practicadas las pruebas declaradas pertinentes y unidas a los autos, la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia Número Once de los de Palma de Mallorca, dictó sentencia en fecha 12 de marzo de 1994, cuyo FALLO es como sigue: "Que resuelvo desestimar y desestimo la demanda formulada por el Procurador D. Antonio C.F. en nombre y representación de la Entidad "ASTILLEROS DE MALLORCA, S.A." contra D. IGNACIO H.G.A., representado por la Procuradora Sra. S., como consecuencia de estimar la prescripción de la acción ejercitada y en su consecuencia debo absolver y absuelvo al citado demandado de las pretensiones formuladas en su contra; con expresa imposición de las costas procesales causadas a la parte actora".

SEGUNDO.

Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, dictó sentencia en fecha 9 de noviembre de 1995, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLAMOS: 1) Estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don Antonio C.F., en nombre y representación de "Astilleros de Mallorca, S.A.", contra la sentencia de fecha 12 de marzo de 1994, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Palma de Mallorca, en los autos Juicio menor cuantía de los que trae causa el presente Rollo, DEBEMOS REVOCARLA y la REVOCAMOS en todos sus extremos, y en su lugar: 2) ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el referido Procurador en el nombre y representación citados contra don Ignacio H.G.A. debemos condenar y condenamos al demandado a pagar a la actora la suma de 9.186.599 pesetas, más sus intereses legales, y al pago de las costas de la primera instancia. 3) No se hace especial pronunciamiento sobre costas en este alzada".

TERCERO.

1.- El Procurador de los Tribunales D. Argimiro V.G., en nombre y representación de D. Ignacio H.G.A., interpuso recurso de casación contra la sentencia pronunciada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, con apoyo en los siguientes motivos: "PRIMERO.- Motivo señalado con el ordinal 3º del art.

1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El origen del motivo que se alega viene contenido en el quebrantamiento del art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el mismo art. 24 de la Constitución Española, además de la Doctrina jurisprudencial desarrollada por ese Alto Tribunal. INFRACCION.- Infracción del art. 952-1º del Código de Comercio y demás preceptos con el relacionados, así como la doctrina jurisprudencial desarrollada sobre este precepto".

2.- Admitido el recurso de casación por auto de fecha 14 de noviembre de 1996, se entregó copia del escrito a la representación de la recurrida, conforme a lo dispuesto en el artículo 1710.2 de la LEC., para que en el plazo de 20 días, pudiera impugnarlo.

3.- El Procurador de los Tribunales D. José G.C. (fallecido y sustituido posteriormente por su compañera Dª Paloma S.L.), presentó escrito impugnando el recurso de casación interpuesto de contrario.

4.- Al no haberse solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 21 de diciembre del año en curso, en que ha tenido lugar.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La sentencia recurrida en casación revoca la de primera instancia, estimatoria de la excepción de prescripción de la acción opuesta por el demandado ahora recurrente, y da lugar a la demanda condenando al demandado a pagar al actor la cantidad pedida, parte del precio no satisfecha de la reparación del buque "Albacor", realizada en los talleres de la actora.

El motivo primero del recurso se formula al amparo del ordinal 3º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin precisar de los dos submotivos que regula el precepto es el elegido, alegándose que en la apelación se ha introducido una cuestión nueva con indefensión para la parte e invocando como infringidos el art. 359 de la citada Ley Procesal, el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el 24 de la Constitución Española. Se argumenta en el motivo que alegada por el demandado recurrente en casación la prescripción de la acción al amparo del art. 952 del Código de Comercio, no se discutió por la actora la aplicabilidad al caso de dicho precepto, razón por la que la Sala de apelación no podía entrar a examinar, como hizo, si la prescripción alegada se regía por

las normas del Código de Comercio o por las del Código Civil. Alegada en la contestación a la demanda la excepción de prescripción de la acción al amparo del art. 952 citado, el demandado, cualquiera que sea la postura del actor formulando o no alegaciones sobre tal excepción, viene obligado a la prueba de los requisitos que determinan la existencia de tal modo extintivo de la acción, en el caso, y tratándose de la aplicación de un plazo prescriptivo especial en relación con las normas generales del Código Civil, esa carga de la prueba se extendía a la sumisión de la relación arrendaticia de ejecución de obra al Código de Comercio, en lo pertinente, por tener por objeto esa relación contractual un "buque", en el sentido técnico-jurídico que determina la aplicación al mismo de los preceptos del Código de Comercio; siendo esto así, al examinar la Sala "a quo" si la nave en cuestión merecía o no la calificación legal de buque, y, en consecuencia, si era aplicable el plazo de prescripción del art. 952 del Código de Comercio, no ha introducido en el debate una cuestión nueva, sino que lo ha resuelto en los propios términos en que lo planteó el demandado al alegar la repetida excepción. No puede olvidarse que la aplicación de uno u otro régimen de prescripción, el del Código de Comercio o el del Código Civil, no entra dentro del ámbito dispositivo de las partes y menos aún entra en esa facultad dispositiva la calificación de la nave reparada como buque, calificación que es presupuesto de la aplicación de uno u otro de los regímenes reguladores de la prescripción. En consecuencia, se desestima el motivo.

Segundo.- El motivo segundo alega infracción del art. 952-1º del Código de Comercio en cuanto no se aplica al caso el plazo de prescripción establecido en el mismo al no calificarse como "buque" la embarcación cuya reparación dio lugar a la deuda que se reclama. El motivo gira en torno a la calificación de la embarcación que si en los escritos de demanda y contestación se denomina como buque, el propio recurrente lo califica, en su escrito de recurso, como yate.

Sabido es que el Código de Comercio no contiene una definición del buque, al que sí se refiere el art. 146 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956, transitoriamente vigentes a tenor de la Disposición Transitoria 6ª del Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, según el cual "se reputarán buques, para los efectos del Código de Comercio y de este Reglamento, no solo las embarcaciones destinadas a la navegación de cabotaje o altura, sino también los diques flotantes, pontones, dragas, gánguiles y cualquier otro aparato flotante destinado o que pueda destinarse a servicios de la industria o comercio marítimo o fluvial"; este concepto tiene un carácter restrictivo acorde con el concepto tradicional, mantenido por el Código de Comercio, del tráfico marítimo, reducido al transporte de mercancías o personas con finalidad lucrativa; frente a ello, la doctrina moderna tiene un concepto mas amplio del Derecho marítimo que se extiende a otras actividades, incluso con finalidad no lucrativa, como son la pesca, turismo, estudios oceanográficos, ecología, etc, a las que se entiende son aplicables las normas reguladoras de la navegación marítima. Esta concepción amplia tiene su reflejo en el concepto de buque, en el que se incluyen los aparatos que reúnan los requisitos de flotabilidad y navegabilidad y que pueda ser utilizado como medio de transporte por mar, excluyéndose de este requisito la necesidad de que sea destinado al tráfico marítimo con finalidad lucrativa, concepto amplio del buque que se manifiesta en alguna legislación extranjera, como el "Código de Navegación" italiano cuyo art. 136 define el buque como "cualquier construcción destinada al transporte por agua incluso con finalidad de remolque, de pesca, de deporte y otra cualquiera".

Si bien se trata de una norma de carácter administrativo, el Real Decreto 1027/1989, de 28 de julio, sobre "Buques. Abanderamiento, matriculación y registro marítimo", incluye en la Lista Séptima (art. 4º g) "las embarcaciones de construcción nacional o debidamente importadas, de cualquier tipo y cuyo uso exclusivo sea la práctica del deporte sin propósito lucrativo o la pesca no profesional"; si bien se utiliza aquí el término "embarcaciones", no puede olvidarse la denominación del Real Decreto, "Buques" bajo la cual se engloban también estas embarcaciones dedicadas a las actividades que se relacionan en el art. 4º g). De otra parte, ha de acudirse al criterio interpretativo del art. 3.1 del Código Civil, teniendo en cuenta que la realidad social actual impone una ampliación del ámbito de la actividad marítima que, si al tiempo de la promulgación del Código de Comercio se limitaba al transporte de personas y cosas como actividades con ánimo de lucro, en la actualidad se extiende a otras actividades desconocidas en aquella época y que han de quedar amparadas por las normas reguladoras del tráfico marítimo y, en este sentido, reconocer la

calificación de buque a aquellos aparatos aptos para la navegación y que sirvan de soporte para el ejercicio de actividades como las mencionadas mas arriba, aunque las mismas no tengan finalidad lucrativa.

En consecuencia, ha de entenderse que la embarcación Albacor, propiedad del demandado-recurrente, ha de ser considerada como buque a la que son aplicables las normas del Código de Comercio, entre ellas, el art. 952.1º, que establece la prescripción anual de las acciones nacidas de la reparación del buque. Procede así la estimación de este motivo segundo del recurso.

Tercero.- La estimación del motivo segundo determina la casación y anulación de la sentencia recurrida y la confirmación de la de primera instancia declarando prescrita la acción ejercitada, no resultando probado en autos que se haya interrumpido el plazo prescriptivo.

Cuarto.- La estimación del recurso comporta la no imposición de las costas en él causadas, a tenor del art. 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En cuanto a las costas de la primera y segunda instancia, procede su imposición a la parte demandante y recurrente en apelación a tenor de los arts. 523.1 y 710.2 de la citada Ley.

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Ignacio H.G.A. contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de fecha nueve de noviembre de mil novecientos noventa y cinco que casamos y anulamos. Y debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Once de Palma de Mallorca de fecha doce de marzo de mil novecientos noventa y cuatro. Sin hacer expresa condena en las costas de este recurso; condenamos a Astilleros de Mallorca, S.A., al pago de las costas de primera y segunda instancia.

Y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de Sala en su día remitidos. Ignacio S.G.D.L.C.- Pedro G.P.- Francisco M.C.  
.-firmados y rubricados.

## **CONTRATO DE CONSTRUCCION**

**SAP de BARCELONA de 27 de septiembre de 2000**

### **RESUMEN**

**Declara la Sala la responsabilidad de la constructora de la embarcación de recreo encargada por la actora, tanto por imperativos de la obligación de construcción y entrega de una nave en condiciones de navegar, como por razón del pacto de garantía en el que se incluye la reparación de "los elementos e instalaciones, que por defectos de diseño, material o mano de obra, sean considerados defectuosos", debiendo llamar la atención, dada la insinuación de la constructora en sentido contrario, sobre el dato de que la garantía, también se extiende a defectos del material. Consecuentemente, en este extremo se estima el recurso, bien que difiriendo la cuantificación de los daños a fase de ejecución de sentencia, al ser inaplicables los artículos 612, 624, 812 y 820 del CCom que cita la constructora.**

En Barcelona, a veintisiete de julio de dos mil.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Quince de esta Audiencia Provincial de Barcelona, los presentes autos de juicio de menor cuantía núm. 223/92, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Barcelona, promovidos por ASTILLEROS VIUDES S.A., representada por el Procurador D. Ildelfonso, Lago Pérez, contra DENEbola LIMITED, representada inicialmente por el Procurador D. Luis García Martínez que fue sustituido por la Procuradora Dña. Ana María Pujol Gimeno, y los autos acumulados de juicio de menor cuantía núm. 1226/92, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Barcelona, promovidos por DENEbola LIMITED, contra ASTILLEROS

VIUDES S.A., los cuales penden ante esta Audiencia en virtud del recurso de apelación interpuesto por DENEbola LIMITED, contra la sentencia de fecha 27 de mayo de 1999, dictada en los expresados autos.

#### ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimo íntegramente la demanda deducida por el Procurador D. Ildefonso Lago Pérez, en representación de ASTILLEROS VIUDES S.A., contra la demandada DENEbola LIMITED, comparecida en autos por medio de la Procuradora Dña. Ana María Pujol Gimeno y consecuentemente condeno ala DENEbola LTD, a que haga pago a la actora ASTILLEROS VIUDES S.A., de la reclamada suma de TRES MILLONES QUINIENTAS CATORCE MIL CIENTO SESENTA PESETAS (3.514.160.-) con sus intereses desde la fecha de la demanda de embargo y costas de esta acción principalmente ejercitada que le impongo como litigante vencida. Desestimo la demanda que por vía de acumulación formula DENEbola LTD. contra ASTILLEROS VIUDES S.A. a fin de que fuera condenada al pago de la suma de 24.346.531.- pesetas con sus intereses e igualmente desestimo todas las pretensiones a que se contrae el suplico de la demanda formulada por DENEbola ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 29 de Barcelona, absolviendo libremente y con todos los pronunciamientos favorables a la demandada por vía de acumulación ASTILLEROS VIUDES S.A. de las pretensiones en su contra formuladas por DENEbola LTD., a la que impongo las costas de esa acción acumulada como litigante vencida dada la íntegra desestimación que se efectúan de sus pedimentos".

SEGUNDO.- En esta alzada comparecieron las litigantes bajo las mismas representaciones que lo hicieron en la primera instancia.

Para la celebración de la vista pública del recurso se señaló la audiencia del día 17 de marzo de 2000, con el resultado que obra en la precedente diligencia extendida por el Sr. Secretario.

Es Ponente el Iltrmo. Sr. Magistrado D. RAFAEL GIMENO-BAYÓN COBOS.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La controversia a decidir en esta apelación queda definida por los siguientes datos de hecho:

1) el 20 de enero de 1990, la sociedad DENEbola LIMITED encargó a ASTILLEROS VIUDES S.A. la construcción de una embarcación de recreo de acuerdo con las especificaciones técnicas preliminares pactadas y los planos correspondientes a un diseño de German Frers de 82 pies de eslora, por precio de ciento ochenta y cinco millones de pesetas (185.000.000 pts.) (ff. 704 y ss. );

2) el 13 de noviembre de 1991 por escritura pública, ASTILLEROS VIUDES S.A. procedió a la entrega definitiva a DENEbola LIMITED del barco denominado "VINO TINTO", puerto de registro Guernsey, matrícula 721592, conteniendo las siguientes manifestaciones y pactos que se transcriben en lo menester: a) en el exponendo II se hace constar "que dicha construcción está totalmente realizada encontrándose el barco en la actualidad de periodo de pruebas y pendiente de subsanar los defectos que se encuentren durante las pruebas y terminar los conceptos señalados en lista que como documento aparte firman los interesados, y que se deja unido a esta matriz, como parte integrante de la misma"; b) en el pacto primero se transmite la posesión y el pleno dominio a la comitente "por haber sido satisfechos todos los pagos parciales recibidos con anterioridad a este acto ..excepto el último a que se refiere el pacto 3 ..."; c) en el pacto segundo "ASTILLEROS VIUDES S.A. se obliga a la terminación de la lista señalada en el exponendo II, así como a las reparaciones necesarias que se produzcan como consecuencia, y a la entrega de planos..."; d) en el pacto tercero "la garantía establecida en el contrato de construcción asciende a la cantidad de ocho millones setecientas cincuenta mil pesetas (8.750.000 pts.), que el armador retiene como pago final y para cumplimentarlo, se acuerda la aceptación de una letra ..de siete millones de pesetas (7.000.000 pts.), con vencimiento a 90 días, y aceptada por el armador DENEbola & LTD ...en contrapartida de esta letra para asegurar la correcta terminación de la lista y corrección de las averías garantizadas, el constructor acepta otra letra...por la misma cantidad y vencimiento de fecha 13 de mayo de 1992 librado por DENEbola & LTD.,

siendo éste último tenedor, y debiéndola devolver al aceptante al término de los seis meses de garantía, o entonces solo pudiéndola ejecutar por el valor de las reparaciones de garantía no efectuadas por el Astillero, u obras de la lista no terminadas... las restantes un millón setecientos cincuenta mil pesetas (1.750.000 pts.) se pagarán a 90 días fecha de la firma de ésta escritura"; e) en el pacto octavo "El constructor se compromete a reparar o reponer, durante un plazo de doce meses, todos aquellos elementos e instalaciones (con excepción de los que opcionalmente pudiera suministrar el armador), que por defectos de diseño, material o mano de obra, sean considerados defectuosos. La estimación de ser normales o defectuosos los elementos examinados, será sometida a los servicios técnicos a que se refiere el pacto onceavo"; y f) en el pacto undécimo -onceavo según el contrato- "cualquier discrepancia entre el Constructor y el Armador respecto a la calidad de materiales, de mano de obra, o cualquier otro aspecto de este contrato, será sometida al dictamen conjunto de las Cámaras de Comercio de Barcelona, y si procediera a las autoridades inglesas correspondientes" (doc. 10 de la demanda); y

3) sobre las 15 horas del 13 de febrero de 1992, cuando el expresado bajel navegaba a motor y con las velas mayor y de mesana izadas, con vientos del Oeste 15 nudos con rachas del Noroeste de 45 nudos, en la ruta de Barcelona a Gibraltar, rompió el palo de mesana a nivel de la primera cruceta, al soltarse el arraigo del obenque bajo de estribor, debido a un enroscado insuficiente en la pieza situada en el mástil, determinante del desgarrar de las tres filetas utilizadas de las siete que componen la rosca (doc. a los ff. 349 y ss.).

SEGUNDO.- Desde la perspectiva jurídica la controversia básicamente se ha planteado en los siguientes términos:

1) la constructora reclamó a la armadora un total de 3.514.160 pts. correspondiente a la suma de las siguientes cantidades: a) 1.750.000 pts. que la armadora reconoció adeudar como parte del precio pactado en el pacto tercero de la escritura de 3 de noviembre de 1991; y b) 1.764.160 pts. en concepto de trabajos extras ejecutados con posterioridad a petición de la armadora;

2) la armadora reconoció adeudar la cantidad de 1.750.000 pts. reflejada en la escritura de 3 de noviembre de 1991, que interesó se compensase con las siguientes cantidades debidas por la constructora: a) en concepto de obras que la constructora se obligó a ejecutar en la escritura de 13 de noviembre de 1993, y que no han sido ejecutadas 9.994.000 pts. b) obras no ejecutadas por la demandada y que no han sido relacionadas en aquél documento 4.997.000 pts. y c) costes de reparación de los daños provocados por la rotura del palo de mesana 11.105.531 pts. y reclamó el saldo resultante a su favor de 24.346.531 pts. y

3) la sentencia de la primera instancia estima la pretensión de la constructora y rechaza la de la armadora que, en la apelación, reproduce las tesis mantenidas en la primera instancia.

La decisión del litigio exige analizar por separado: a) la procedencia de las cantidades reclamadas por la constructora como "extras" a cargo de la armadora; b) la prueba sobre las obras que se sostienen fueron ejecutadas por la armadora y debían serlo por la constructora; y c) quien debe pechar con la reparación de los daños causados por la rotura del palo de mesana.

TERCERO.- No obstante, antes de entrar en el análisis de los extremos indicados, a fin de dar completa respuesta a la totalidad de las cuestiones planteadas y que tan sólo oscurecen la decisión de la controversia, conviene precisar:

1) que en nada afecta a la correcta constitución de la relación procesal ni a la viabilidad de la demanda contra la constructora, que ésta haya sido declarada en suspensión de pagos, ya que: a) tal declaración no provoca una inhabilitación similar a la prevista en el artículo 878 del Código de Comercio; b) la interposición de demandas no se encuentra entre los actos del suspenso que el artículo 6 señala como viciados de nulidad (en este sentido sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1991 y 18 de diciembre de 1995); c) el suspenso está plenamente legitimado para ser demandado (sentencias T.S. de 4 de diciembre de 1992 y 20 de febrero de 1995); y d) el artículo 9 de la Ley de 1922 previene la tramitación de los juicios ordinarios hasta la sentencia "cuya ejecución quedará en suspenso mientras no se haya terminado el expediente"; y

2) que en nada afecta a la posición de la armadora la eventual cobertura de la avería por una compañía de seguros, ya que la hipotética existencia del seguro constituye un hecho

ajeno a la constructora, por lo que en nada ha de incidir en la relación entre ésta y la armadora -"res inter amos acta, nec nocet nec prodest"-.

CUARTO.- Negada por la armadora la ejecución de obras al margen de lo pactado, la sentencia de la primera instancia ha estimado la demanda de los astilleros con base, en síntesis, en el siguiente razonamiento: a) los trabajos facturados no aparecen entre la lista de faltas confeccionadas por la constructora; b) ello es determinante de que deban tenerse por ejecutados; y c) deben calificarse de "extras".

No podemos compartir tal argumentación por las siguientes razones: a) el hecho de que no aparezcan entre "las faltas" no autoriza a concluir que se hayan ejecutado los trabajos facturados, ya que sería preciso que, además, estuviesen contemplados en las condiciones técnicas o proyecto; b) precisamente por ello no es suficiente la ejecución para que deban calificarse de extras; c) la factura de 30 de octubre de 1991 es anterior a la escritura en la que se fija el saldo debido por la armadora en 8.750.000 pts. d) tan sólo uno de los conceptos facturados el 13 de noviembre de 1991 -el mismo día de la entrega del buque-, por importe de 41.650 pts., hace referencia a trabajos de construcción; y e) ninguno de los conceptos reflejados en la factura de 20 de diciembre responde a obras.

Debe, en consecuencia, estimarse en este extremo el recurso.

QUINTO.- Otra ha de ser la suerte de la reclamación fundada en las obras que debieron ser ejecutadas por la constructora y no lo fueron.

El artículo 1214 del Código Civil, al igual que otros ordenamientos próximos -así el artículo 2697 del Código italiano "chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento"; y el 342 del portugués "àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado"; y el 1315 del francés "celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver"-, dispone que incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, lo que es determinante de que quien alega como fundamento de su pretensión el defectuoso cumplimiento de la obligación por la contraria, deba demostrarlo (en este sentido y precisamente en un supuesto de construcción de una embarcación, sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1996).

Pues bien, la sentencia de la primera instancia, en valoración de la prueba que compartimos, acertadamente pone de relieve la falta de demostración de los hechos en que fundamenta su reclamación la armadora, ya que: a) no se ha demostrado la existencia de error u omisión en la relación de trabajos pendientes de finalización listados el 13 de noviembre de 1991, sin que pueda entenderse que se trata de defectos ocultos -así el montaje de la pasarela de proa y de la escala real-; b) no consta reserva ni protesta en el momento de la recepción u otro inmediato; y c) al hallarse la nave en poder de la armadora, nada le habría costado demostrar la realidad de los defectos denunciados.

SEXTO.- La imputabilidad de la rotura del palo de mesana a la constructora la argumenta la armadora en tres fundamentos diferentes: a) que es aplicable al caso la previsión contenida en el artículo 1591 del Código Civil; b) que la defectuosa instalación debe atribuirse a la constructora; y c) que el hecho aconteció dentro del periodo de garantía.

La primera de las cuestiones que debe dilucidarse es cual fue la mecánica de la avería. Doctrina y Jurisprudencia han cuestionado el valor de las llamadas pericias extra procesales, dada la ausencia de las garantías que para su práctica regula la Ley procesal (por todas, sentencia de 23 de marzo de 1995), señalándose como principales inconvenientes la unilateralidad de la designación del perito, y consiguiente falta de control sobre la imparcialidad del designado, así como la inexistencia de control en la emisión del dictamen. Pero ello no ha de privarlas de todo valor y, en el caso de autos, en defecto de cualquier otra explicación, la sentencia de la primera instancia, en valoración que compartimos, admite la pericia extrajudicial.

SÉPTIMO.- Pese a que las sentencias de 21 de febrero de 1994 y 27 de junio de 1996 rechazan la equiparación de buques y edificios, a efectos de aplicación a aquellos de la presunción de cumplimiento defectuoso para el caso de ruina previsto en el artículo 1591 del Código Civil, no falta un sector doctrinal que sostiene su aplicabilidad, cuando menos analógica, al tratarse el buque de una construcción, de carácter duradero, fruto de la conjunción de múltiples elementos, cuyos posibles vicios pueden ser difícilmente detectables de forma inmediata, por la propia naturaleza del bien.

Pero, incluso admitiendo que la nave debe estar construida para resistir el embate del mar y el viento, por lo que la rotura de uno de sus elementos esenciales, puede ser tenida con ciertos límites, como demostración "ex re ipsa" de su defectuosa construcción, es lo cierto

que, en el caso de autos la propia armadora sostiene que la avería se produjo como consecuencia del insuficiente roscado que dio lugar al arrancamiento de la copa del obenque bajo de estribor, por lo que resulta estéril la presunción.

OCTAVO.- Como hemos indicado, la sentencia apelada, admite la mecánica de la avería descrita en el apartado 3 del primero de los fundamentos de derecho de esta sentencia, y, al amparo de lo que dispone el artículo 610.5 del Código de Comercio, entiende que, transcurridos 3 meses desde la entrega de la embarcación, es responsabilidad del mando del yate quien debe retensar o debe comprobar la tensión de los obenques.

El anterior razonamiento no puede ser compartido toda vez que: a) la causa de la avería no fue la incorrecta tensión del obenque, sino su arrancamiento; b) no puede confundirse el sistema de anclaje del tensor, con el mecanismo para la tensión del mismo -resulta evidente que la rosca de anclaje no cumple la función de tensar ya que el margen de tensión que daría sería casi inexistente- c) de formar parte del mecanismo de tensado, la rotura de la rosca revelaría un defecto de material, ya que, en otro caso, debería resistir en la posición decidida por el patrón; y d) a los efectos estudiados no puede confundirse la entrega escrituraria con la entrega material que la propia constructora reconoce efectuada el 10 de enero (testifical al f. 771 pregunta 8ª).

En consecuencia, debemos concluir que se trata de un supuesto de defectuosa instalación, como lo evidencia el hecho indiscutido de que, según el fabricante de la pieza y sus instrucciones de montaje, las dos piezas deben ir unidas hasta el límite que permite la rosca.

NOVENO.- Lo expuesto es determinante de la responsabilidad de la constructora, tanto por imperativos de la obligación de construcción y entrega de una nave en condiciones de navegar, como por razón del pacto de garantía en el que se incluye la reparación de "los elementos e instalaciones...", que por defectos de diseño, material o mano de obra, sean considerados defectuosos", debiendo llamar la atención, dada la insinuación de la constructora en sentido contrario, sobre el dato de que la garantía, también se extiende a defectos del material.

Consecuentemente, en este extremo debemos estimar el recurso, bien que difiriendo la cuantificación de los daños a fase de ejecución de sentencia, al ser inaplicables los artículos 612, 624, 812 y 820 del Código de Comercio, que cita la constructora.

DÉCIMO.- Como hemos indicado, la declaración de la constructora en estado de suspensión de pagos, no impide la tramitación del pleito hasta sentencia, pero se erige en obstáculo a su ejecución, por lo que no procede que nos pronunciemos sobre la compensación judicial, cuya posibilidad, aunque no concurren en el momento de plantearse el litigio todas las exigencias contenidas en el artículo 1196 del Código Civil se admite por la Jurisprudencia (en este sentido, sentencias de 2 de febrero de 1989 y 16 de noviembre de 1993), pese a que en nuestro ordenamiento no aparece expresamente prevista -a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos próximos como el italiano, cuyo artículo 1243 dispone que "se il debito opposto in compensazione non è liquido ma è di facile o pronta liquidazione, il giudice può dichiarare la compensazione per la parte del debito che riconosce esistente, e può anche sospendere la condanna per il credito liquido fino all'accertamento del credito opposto in compensazione" (art. 1243.2 del Código Civil); y en el mismo sentido el artículo 847.3 del Código portugués "a iliquidez da dívida não impede a compensação"-.

UNDÉCIMO.- Consecuentemente con lo expuesto, procede estimar en parte el recurso, y con él también en parte las respectivas demandas, con los pronunciamientos que, en cuanto a las costas, disponen los artículos 523 y 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLAMOS:

ESTIMAMOS en parte el recurso de apelación interpuesto por DENEbola LIMITED, contra la sentencia de fecha 27 de mayo de 1999, dictada en los autos de juicio de menor cuantía núm. 223/92, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Barcelona, cuya parte dispositiva ha sido transcrita en el primero de los antecedentes de hecho de la presente sentencia, y REVOCÁNDOLA PARCIALMENTE:

1) Estimamos en parte la demanda deducida por ASTILLEROS VIUDES S.A., contra DENEbola LIMITED, y condenamos a la expresada demandada a que haga pago de la cantidad de UN MILLÓN SETECIENTAS CINCUENTA MIL PESETAS (1.750.000 pts.)

2) Estimamos en parte la demanda deducida por DENEbola LIMITED, contra ASTILLEROS VIUDES S.A., y condenamos a la expresada demandada a que haga pago a la actora en la cantidad que se fijará pericialmente en ejecución de sentencia como costes de la reparación de los daños provocados por la rotura del palo de mesana con el límite de 11.105.531 pts., para lo



que deberá partirse de la relación acompañada como documento nº 3 de la demanda de la expresada DENEbola, S.A..

No ha lugar a la imposición de las costas de ninguna de las dos instancias.

Y así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## **ABORDAJE**

**SAP de TENERIFE Nº 397/95 de 21 de noviembre de 1995 (CIVIL)**

### **RESUMEN:**

**La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife desestima el recurso de apelación de los litigantes sobre reclamación de cantidad; la Sala señala que está acreditado que existió concurrencia de culpas entre las embarcaciones que constan en autos, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 827 del Código de Comercio cada cual debe pechar con sus propios daños, sin que la jurisprudencia que interpreta el mencionado artículo permita en los casos de indeterminación de la culpabilidad, medir la intensidad de la posible culpa de cada uno para conformar las partidas de una posible compensación.**

En Santa Cruz de Tenerife, a veintiuno de noviembre de dos mil cinco.

Visto, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial integrada por los Ilmos. Sres. antes reseñados, el recurso de apelación interpuesto contra la entencia dictada por el JUZGADO DE 1ª INSTANCIA n 1 de lo Mercantil de Santa Cruz de Tenerife , en los autos n.º 27/2005seguidos por los trámites del Juicio Ordinario y promovidos, como demandante, por LA ESTRELLA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS , representada por la Procuradora Elena Rodríguez de Azero y dirigido por el Letrado Luis Souto Maqueda contra CIA FRED OLSEN, S.A. representada por el Procurador José Alberto Poggio Morata y dirigida por el Letrado José Luis Ortiz Capetillo; ha pronunciado, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON Emilio Fernando Suárez Díaz, con base en los siguientes

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la resolución apelada.

SEGUNDO.- En los autos indicados la Ilma. Señora Magistrada Juez Doña María Olga Martín Alonso dictó entencia el catorce de marzo de dos mil cincocuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Estima en parte la demanda , y se declara la concurrencia de culpa de ambas entidades, "LA ESTRELLA , S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS" , como parte demandada, por lo que cada una de ellas soportará su propio daño. En cuanto a las costas cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. ».

TERCERO.- Notificada debidamente dicha sentencia, se presentó escrito en los autos por la representación de la parte Demandante, en el que solicitaba que se tuviera por preparado recurso de apelación contra tal resolución, petición a la que se accedió por el juzgado mediante providencia en la que se acordó, además, emplazar a dicha parte por veinte días para la interposición de tal recurso; en el plazo conferido, se interpuso por escrito dicho recurso con exposición de las alegaciones en que se fundaba la apelación , del que se dio traslado a las demás partes por diez días, plazo en el que la representación de la parte Demandada presentó escrito de oposición al mencionado recurso. Impugnando la sentencia el Demandante y el Demandado.

CUARTO.- Remitidos los autos con los escritos del recurso y de oposición a esta Sala, se acordó, una vez recibidos y mediante providencia de 17 de junio pasado , incoar el presente rollo, designar ponente y señalar para la deliberación, votación y fallo del presente recurso el día 5 de octubre del año en curso, fecha en la que ha tenido lugar la reunión del Tribunal al efecto.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho y, sustancialmente, los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, con las precisiones que más adelante se harán.

SEGUNDO.- Se ejercita por la parte actora, "La Estrella, S.A. Compañía de Seguros y Reaseguros" (subrogada en los derechos y acciones de su asegurado) la acción de abordaje regulada en el artículo 826 del Código de Comercio al entender que el abordaje de la embarcación tipo "zodiac", denominada "Succión", propiedad de su asegurado, por la embarcación tipo "ferry", denominado "Buganvilla", es imputable a la acción negligente del capitán de éste último buque que no se apercebó de la presencia de la primera por no llevar la vigilancia adecuada y atemperar la velocidad del buque a las circunstancias climatológicas y del estado del mar atinentes a la visibilidad y lugar por el que navegaba, infringiendo así determinada normativa en materia de prevención de abordajes en el mar. Se opone la parte demandada, "Compañía Fred Olsen, S.A.", propietaria del ferry, aduciendo determinados incumplimientos por parte de la embarcación "Succión", tanto de la normativa de seguridad en la práctica del buceo, como del Reglamento Internacional para Prevenir los Abordajes en el Mar (en adelante RIPA, y, en definitiva, estar fondeada sin tripulación en un lugar donde por encontrarse en las inmediaciones del Puerto de Corralejo, constituye un lugar de tránsito de todo tipo de buques y embarcaciones.

TERCERO.- Planteada, sustancialmente, en estos términos la litis, la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia considera que la responsabilidad del abordaje es atribuible a ambas embarcaciones, dándose una concurrencia de culpas, lo que en aplicación del artículo 827 del Código de Comercio supone que cada una de ellas soportará su propio daño.

En lo que respecta a la culpabilidad del ferry "Buganvilla", partiendo del hecho de que no se pone en duda la responsabilidad de este buque en la producción del abordaje, puesto que en el escrito de oposición al recurso la entidad Fred Olsen se limita a pedir la confirmación de la sentencia, procede confirmar lo razonado en el fundamento de derecho quinto de la sentencia. Se parte de que la zona en la que se produjo el abordaje no ha sido expresamente establecida como zona prohibida al fondeo de buques, por lo que sería aplicable la Regla 2-a del RIPA, referida a la responsabilidad por negligencia del capitán o de su tripulación en el cumplimiento del reglamento, o en observar cualquier precaución que pudiera exigir la práctica normal del marino o las circunstancias especiales del caso. Analizadas las declaraciones del Capitán y del 2º Oficial (que a una milla de recalar en puerto, era la única persona de vigilancia en el puente, dado que el Capitán estaba en su camarote), así como el parte meteorológico aportado a los autos, y teniendo en cuenta que la visibilidad era reducida, el oleaje y la posición del sol dificultaban (no está acreditado que lo impidieran totalmente) ver embarcaciones pequeñas tipo "zodiac", y que el radar del buque también tenía dificultades para detectar este tipo de embarcaciones (siendo lo cierto que en las inmediaciones del "Succión" se hallaba otra embarcación de apoyo, la BC, sobre la que no consta que existieran esas mismas dificultades), debían haberse tomado las oportunas medidas ante dichas circunstancias, como establece la norma 5 del RIPA, y, especialmente, lo establecido en la norma 6 "Velocidad de Seguridad.- Todo buque navegará en todo momento a una velocidad de seguridad tal que le permita ejecutar la maniobra adecuada y eficaz para evitar el abordaje y pararse a la distancia que sea apropiada a las circunstancias y condiciones del momento. Para determinar la velocidad de seguridad se tendrán en cuenta, entre otros, los siguientes factores: a) en todos los buques: i) el estado de la visibilidad".

CUARTO.- Por lo que respecta a la responsabilidad de la embarcación "Succión", que es lo que se pone en cuestión en el recurso de apelación interpuesto por Seguros La Estrella, es cierto que algunas de las normas de seguridad para el ejercicio de actividades subacuáticas que se consideran incumplidas en la sentencia dictada en primera instancia, están dirigidas expresamente a la propia seguridad de los practicantes de dichas actividades, sin que en teoría guarden relación con la prevención de abordajes, pero no se puede soslayar que en el presente caso el incumplimiento de esa normativa sí que contribuyó de alguna manera a la producción del abordaje. En este sentido, se ha de señalar que el hecho de que la embarcación "Succión", así como la embarcación de apoyo "BC", ninguna de ellas estuviera tripulada en el momento de producirse el abordaje, no sólo puede incumplir los artículos 16, 17.1 y 24.13 de la normativa de seguridad en el buceo, sino que incumple el deber de vigilancia establecido en la ya mencionada regla 5 del RIPA, "Todos los buques mantendrán en todo momento una eficaz vigilancia visual y auditiva, utilizando así mismo todos los medios disponibles que sean

apropiados a las circunstancias y condiciones del momento para evaluar plenamente la situación y riesgo de abordaje", por lo que la inexistencia de tripulantes a bordo de cualquiera de las embarcaciones constituía no sólo una vulneración de una medida impuesta por cualquiera de las normas expresadas, sino una falta de la elemental diligencia en adoptar las medidas de seguridad adecuadas a las circunstancias y características del lugar donde se hallaba fondeada la embarcación; pues bien, en ausencia de tripulantes, es de todo punto imposible cumplir con el Reglamento para evitar abordajes, que parte del supuesto de que todos los buques estén adecuadamente tripulados, así si la vigilancia no es adecuada a bordo, difícilmente se podrá determinar si existe o no riesgo de abordaje, o saber si se debe maniobrar, o realizar las oportunas señales de advertencia, o llamar la atención de los demás buques, debiendo añadirse que según se desprende de la normativa de prevención de abordajes no existe un derecho absoluto de un buque a mantenerse inactivo por mucho que sea el otro buque el obligado a maniobrar.

QUINTO.- Otro tanto cabe decir de la obligación de la embarcación "Succión" de llevar bola de fondeo, en lo que nuevamente se superponen las normas de seguridad para la práctica del buceo y lo que establece el artículo 30 del RIPA pero sólo para los casos en que la embarcación no esté en un lugar dentro ni cerca de un canal angosto, paso, fondeadero o zona de navegación frecuente; y aunque la sentencia de primera instancia considera acreditado que la zona en que se produce el abordaje puede ser considerada como un canal angosto, es obvio en base a la prueba practicada (cartas de navegación, testificales practicadas en el juicio oral y Oficio de la Capitanía Marítima de Las Palmas) que estamos en una zona de navegación frecuente, situada a una milla del puerto de Corralejo y, justamente, en la ruta habitual del ferry "Buganvilla", lo que los buceadores y tripulantes del "Succión" debían conocer perfectamente; así se relaciona expresamente en el apartado 2º del oficio remitido por la Capitanía Marítima de Las Palmas, debiendo hacerse especial mención a su apartado 1º sobre la posible violación de la norma 9 del RIPA por la embarcación Succión: "Si bien (...) la zona referida no ha sido establecida expresamente como zona prohibida al fondeo, la regla 9.b) prohíbe a los buques de eslora inferior a 20 metros y a los buques de vela estorbar el tránsito de un buque que sólo pueda navegar con seguridad dentro de un paso o canal angosto; en su regla 9.c) prohíbe a los buques dedicados a la pesca estorbar el tránsito de ningún otro buque que navegue dentro de un paso o canal angosto, y en la regla 9.g) siempre que las circunstancias lo permitan, los buques evitarán fondear en un canal angosto". De todas estas menciones cabría deducir (al igual que lo hace el tribunal de primera instancia) que, aunque no lo diga expresamente, para la Capitanía la zona en que se produce el abordaje podría considerarse también un canal angosto, aparte de una zona de tráfico frecuente de buques.

SEXTO.- En base a todo ello, procede concluir que existió concurrencia de culpas entre ambas embarcaciones, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 827 del Código de Comercio cada cual debe pechar con sus propios daños, sin que la jurisprudencia que interpreta el mencionado artículo permita en los casos de indeterminación de la culpabilidad, medir la intensidad de la posible culpa de cada uno para conformar las partidas de una posible compensación (ST.S. de 27-04-69 y 06-10-89).

SEPTIMO.- Con referencia a la impugnación de la sentencia formulada por la entidad Fred Olsen con respecto al pronunciamiento sobre costas, aparte de que el escrito de impugnación no aparece firmado por el letrado ni por el procurador, a diferencia de lo ocurrido con el escrito de oposición, su presentación por separado y de forma independiente al de oposición contraviene lo dispuesto en el artículo 461.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone que dichos escritos -el de oposición al recurso de apelación y el de impugnación de la sentencia- se presentarán conjuntamente, salvo que se recurriera de forma independiente, lo que no es el caso. En todo caso, ejercitada la acción de responsabilidad por abordaje contemplada en el artículo 826 del Código de Comercio, el sustrato de la pretensión es la determinación de la responsabilidad de una u otra embarcación, o conjunta -como ocurre en el caso de autos-, en cuyo caso, cada uno deberá pechar con sus propios daños, lo que es un dato totalmente circunstancial, como ocurre en el presente caso en que una embarcación resultó dañada y la otra no.

OCTAVO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que en materia de costas del recurso de apelación remite al artículo 394.1 de la misma Ley no procede la imposición de las costas del recurso a ninguna de las partes en razón de las dudas de hecho que plantea el caso, lo que es también aplicable a la impugnación de la sentencia, siendo además que la responsabilidad es compartida por ambas embarcaciones, y teniendo en cuenta los términos tan estrictos en que se regula la materia indemnizatoria en el

artículo 827 del Código de Comercio que, como ya se ha señalado, no permite atemperar o graduar la corresponsabilidad.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L O

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de la entidad "La Estrella, S.A. de Seguros y Reaseguros" y el de impugnación de la sentencia presentado por la entidad "Fred Olsen, S.A.", confirmamos la sentencia dictada en primera instancia, sin hacer especial pronunciamiento sobre costas.

Devuélvanse los autos originales al juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y demás efectos legales.

Así por esta nuestra resolución, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**STS 680/ 2005, de 28 de septiembre de 2005 (CIVIL)**

**RESUMEN:**

**Estima el TS el recurso de casación interpuesto habida cuenta en la actuación del barco se observa la infracción de la Regla 22 b) del Reglamento Internacional para prevenir abordajes, puesto que no observó las luces del pesquero, que tenía que haber avistado como mínimo a dos millas, que es el límite de alcance de las luces de costado. Asimismo no adoptó oportunamente las medidas impeditivas del abordaje, tan pronto como le resultó evidente que el buque que debiera apartarse no estaba actuando en la forma reglamentaria, ni utilizó la previsión que establece que cada buque hará uso de todos los medios que disponga abordo y que serán apropiados a las condiciones y circunstancias del momento, y en este caso una óptima utilización del punteo del radar.**

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Septiembre de dos mil cinco.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto por doña Estela, doña Natalia, doña María Purificación, doña Erica, doña Penélope, doña Ángeles, representadas por el Procurador de los Tribunales, don Manuel Sánchez-Puelles y González-Carvajal, contra la sentencia dictada en grado de apelación con fecha 10 de octubre de 1998 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona dimanante del juicio de menor cuantía seguido en el Juzgado de Primera Instancia número Veintiuno de los de Barcelona. Es parte recurrida en el presente recurso don Pedro Miguel, "Hijos de Francisco Arginbau, S.A." y CESMAR, Cía. Española de Seguros Marítimos, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Adela Cano Lantero.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia Número 21 de los de Barcelona, conoció el juicio de menor cuantía 339/94, seguido a instancia de D<sup>a</sup> Estela, D<sup>a</sup> Natalia, D<sup>a</sup> María Purificación, D<sup>a</sup> Erica, D<sup>a</sup> Penélope y D<sup>a</sup> Ángeles, contra "Hijos de Francisco Arguimbau, S.A.", la Compañía Española de Seguros Marítimos CESMAR, y D. Pedro Miguel, sobre reclamación de cantidad.

Por la representación procesal de D<sup>a</sup> Estela, D<sup>a</sup> Natalia, D<sup>a</sup> María Purificación, D<sup>a</sup> Erica, D<sup>a</sup> Penélope y D<sup>a</sup> Ángeles se formuló demanda en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado: "...se dicte en su día sentencia por la que estimando nuestras pretensiones, se condene a los demandados solidariamente al abono del principal e intereses que se reclaman, a favor de mis poderdantes y en la proporción que se ha especificado en el Cuerpo de este escrito, así como al pago de las costas de este procedimiento."

Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada "Hijos de Francisco Arguimbau, S.A.", se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: "...dicte sentencia por la que, a) Estimando la excepción de prescripción de la acción ejercitada, desestime la demanda y absuelva libremente a mi representada con todos los pronunciamientos favorables y con

expresa imposición de costas a las actoras; Subsidiariamente, b) Entrando a conocer el fondo del asunto, y considerando que ni el Patrón del buque "Playa Dorada", ni consiguientemente, mi representada son responsables en la producción del abordaje del que trae causa este procedimiento, desestime la demanda interpuesta, absolviendo libremente a mi representada de todos sus pedimentos, con expresa imposición de costas a las actoras; Subsidiariamente, c) En el improbable supuesto que se aprecie que, en la producción del abordaje, la intervino la conducta culposa del Patrón del buque "Playa Dorada", en estricta aplicación de lo dispuesto en el art. 827 del Código de Comercio para los supuestos de abordaje imputable a ambos buques, desestime la demanda interpuesta, absolviendo libremente a mi representada de todos sus pedimentos, con expresa imposición de costas a las actoras; Subsidiariamente, d) En el improbable supuesto que se considere que los daños reclamados no son daños propios a los efectos previstos en el art. 827 del Código de Comercio, modere la indemnización reclamada proporcionalmente a las culpas concurrentes y, en todo caso, establezca que la máxima indemnización exigible a mi representada como consecuencia del abordaje, es la de sesenta y seis mil cuatrocientos noventa y cinco derechos especiales de giro (66.495 DEG) o su contravalor en pesetas al momento de efectuarse el completo pago, a liquidar en ejecución de sentencia, de conformidad con las normas del Convenio Internacional de Bruselas de 10 de octubre de 1957 sobre limitación de responsabilidad de los propietarios de buques, absolviendo a mi representada de los restantes pedimentos de la demanda, con expresa imposición de costas a las actoras. Subsidiariamente, e) en el improbable supuesto que se considere que el régimen del expresado Convenio Internacional no es aplicable a nuestro supuesto, declare el derecho de mi representada a limitar su responsabilidad de conformidad con lo previsto en el art. 837 del Código de Comercio, es decir, al valor del buque "Playa Dorada" en el momento anterior al abordaje, con todas sus pertenencias y fletes devengados en el viaje a establecer pericialmente en la fase de ejecución de la Sentencia, absolviendo a mi representada de los restantes pedimentos de la demanda, con expresa imposición de costas a las actoras.". Igualmente por la representación procesal de D. Pedro Miguel , se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado: "...dicte sentencia de acuerdo con lo solicitado en el suplico de contestación a la demanda de "Hijos de Francisco Arguimbau, S.A., con expresa imposición en costas a los demandantes.". Asimismo, por la representación de "Cesmar, Seguros y Reaseguros, S.A.", se contestó igualmente la demanda, en la que terminaba suplicando al Juzgado: "... dicte sentencia de acuerdo con lo solicitado en el Suplico de contestación a la demanda de Hijos de Francisco Arguimbau, S.A. con expresa imposición en costas a la parte actora."

Con fecha 18 de abril de 1996, el Juzgado dictó sentencia cuyo fallo dice: "Se estima parcialmente la demanda interpuesta por Estela , Natalia , María Purificación , Erica , Penélope y Ángeles contra Hijos de Francisco Arguimbau, S.A., Compañía Española de Seguros Marítimos Cesmar y Pedro Miguel .- Se condena solidariamente a los demandados a: Estela , 11 millones de pesetas.- Natalia , 11 millones de pesetas.- María Purificación , 16 millones de pesetas.- Erica , 11 millones de pesetas.- Penélope , 11 millones de pesetas.- Ángeles , 11 millones de pesetas.- Sin imposición de costas."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia en fecha 10 de octubre de 1998, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Se estima el recurso de apelación interpuesto por Hijos de Francisco Arguimbau, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 21 de Barcelona en el procedimiento Menor Cuantía 339/94, y, revocándose la misma, se desestima íntegramente la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Estela , D<sup>a</sup> Natalia , D<sup>a</sup> María Purificación , D<sup>a</sup> Erica , D<sup>a</sup> Penélope y D<sup>a</sup> Ángeles contra Hijos de Francisco Arguimbau, S.A., Cia. Española de Seguros Marítimos Cesmar y D. Pedro Miguel , imponiéndose a la parte demandante el pago de las costas producidas en la primera instancia."

TERCERO.- Por el Procurador Sr. Aragón Martín, sustituido posteriormente por el Procurador Sr. Sánchez-Puelles y González Carvajal, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Estela , D<sup>a</sup> Natalia , D<sup>a</sup> María Purificación , D<sup>a</sup> Erica , D<sup>a</sup> Penélope y D<sup>a</sup> Ángeles , se presentó escrito de formalización del recurso de casación ante este Tribunal Supremo, con apoyo procesal en los siguientes motivos:

Primero: "Se basa en la infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, articulándose el motivo por el cauce del artículo 1692-3º del mismo cuerpo legal.

Segundo: "Se articula el presente motivo en el cauce contenido en el número 3 del artículo 1692 por error en la apreciación de la prueba".

Tercero: "Se articula el presente motivo en el cauce del artículo 1692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción por inaplicación del artículo 1104 y 1902 del Código Civil y 826 del Código de Comercio, así como jurisprudencia en relación al error en la apreciación de la prueba."

Cuarto: "Se denuncia la presente infracción por el cauce previsto en el motivo 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 827 del Código de Comercio, 1138 y 1145 del Código Civil, por errónea interpretación y aplicación, así como de la Doctrina y Jurisprudencia que los desarrolla y aplica".

Quinto: "Por el cauce previsto en el motivo 4º del artículo 1692, se articula en el presente, las razones por la que no procede la limitación de la responsabilidad, constando el desarrollo de este motivo, los preceptos legales, doctrina y jurisprudencia en que se ampara".

Por la representación procesal de "Hijos de Francisco Arguimbau, S.A.", D. Pedro Miguel y "Cesmar, S.A.", se presentó escrito de formalización del recurso de casación ante este Tribunal Supremo, con apoyo procesal en el siguiente motivo:

Único: "Al amparo del art. 1692-4 de la L.E.C. por infracción, por inaplicación del artículo 1961 del Código Civil, por interpretación errónea del art. 1969 del mismo cuerpo legal y por aplicación indebida de la doctrina jurisprudencial contenida en sentencias de este Tribunal".

CUARTO.- Por Auto de esta Sala de fecha 31 de julio de 2001, se admiten a trámite los recursos y evacuados los traslados conferidos, por las representaciones procesales de las partes, se presentaron escritos de impugnación a los mismos.

QUINTO.- No habiéndose solicitado, por todas las partes personadas, la celebración de vista pública, por la Sala se acordó señalar, para la votación y fallo del presente recurso, el día catorce de septiembre del año en curso, en el que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE CASACION DE DOÑA Estela , DOÑA Natalia , DOÑA María Purificación , DOÑA Erica , DOÑA Penélope Y DOÑA Ángeles

PRIMERO.- El primer motivo de este recurso de casación lo basa la parte recurrente en el artículo 1692-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que en la sentencia recurrida, según dicha parte, se ha infringido el artículo 359 de dicha Ley procesal. O sea, que dicha sentencia incurre en el vicio procesal de incongruencia.

Este motivo debe ser desestimado.

En efecto, en principio hay que afirmar que la sentencia recurrida es absolutoria, con lo cual se excluye la posibilidad de la incongruencia en la misma. Y así se viene afirmando en numerosísimas resoluciones de esta Sala con base en doctrina constitucional.

En este sentido hay que traer a colación lo que en la misma se afirma, cuando dice: "En efecto, en principio hay que decir que la incongruencia omisiva no se puede encontrar en los casos de sentencias absolutorias -y la recurrida lo es en relación a las pretensiones de la parte recurrente-; y así tiene declarado -como se ha dicho- esta Sala que las sentencias absolutorias no resultan incongruentes aunque no contengan detallados los pedimentos que se rechazan, los cuales se integran en tal decisión, y, por ello, no necesitan determinación expresa y pormenorizado del fallo, al haber quedado el tema resuelto en sentido negativo para la parte que recurre en casación" - sentencias de 23 de octubre de 2002 y 3 de marzo de 2004-.

Pero aún más, el dato de que la absolución determinada en la sentencia recurrida se base en la existencia de un caso fortuito no es incongruente con la petición de la parte actora y ahora recurrente en casación -existencia de culpabilidad por parte del buque "Playa Dorada"-, ni con la petición de las partes demandadas y ahora recurridas -culpabilidad del buque "Colorado" o culpabilidad común de ambos navíos-, ya que todas estas figuras son distintas situaciones que pueden determinar la responsabilidad extracontractual por abordaje.

Y en este sentido así lo regula nuestro ordenamiento jurídico sobre el tema, tanto por lo marcado por los artículos 826 y siguientes del Código de Comercio, como por lo establecido en el Convenio para la unificación de ciertas reglas de abordaje -Convenio de Bruselas de 23 de noviembre de 1910-. Y así se explicitará más tarde y con más amplitud en el estudio de los siguientes motivos casacionales.

SEGUNDO.- El segundo motivo está residenciado por la parte recurrente también en el artículo 1692-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error en la apreciación de la prueba.

Este motivo debe seguir la misma suerte desestimatoria de su antecesor.

El anterior aserto se basa en dos datos.

El primero, que la parte recurrente no cita ni un solo artículo que se estime o considere infringido. Y esta Sala tiene dicho "Que hay que tener en cuenta la necesidad inexorable de citar los preceptos legales infringidos y sus razones" -por todas la sentencia de 22 de octubre de 1991-.

El segundo, que la parte recurrente realiza una nueva valoración hermenéutica de la efectuada en la sentencia recurrida y desde luego con una clara intencionalidad "pro domo sua".

Y aunque dicha contra-actividad probatoria debe ser ensalzada por su minuciosidad -por sus datos y por su alcance-, la parte recurrente en este caso no tiene en cuenta que el recurso de casación es un recurso formal y extraordinario, pero nunca una tercera instancia.

Y así es como ha enfocado dicha parte el actual motivo no solo en el fondo, sino en la forma al no utilizar el cauce procedente.

Por último hay que decir que la prueba pericial obrante en autos -la más controvertida en este motivo- ha sido valorada en la sentencia recurrida con arreglo al principio de la sana crítica, y en este sentido esta Sala también tiene dicho "Que se infringe el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando la vulneración de las reglas de la sana crítica consiste en que la sentencia recurrida incurra en la apreciación absurda de la pericia o en la estimación de ésta cuando sea notoriamente arbitraria" -por todas las sentencias de 7 de noviembre de 1991 y 15 de julio de 1992 como determinantes de otras mucho más recientes-; circunstancias éstas que no se dan en los presentes autos.

TERCERO.- El tercer motivo lo funda la parte recurrente en el artículo 1692-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que en la sentencia recurrida, según afirmación de la misma, se han infringido por inaplicación los artículos 1104 y 1902 del Código Civil, así como el artículo 826 del Código de Comercio, al tiempo existe también infracción en relación a la jurisprudencia que los interpreta. Por último dice dicha parte recurrente que la sentencia recurrida ha incurrido en error en la apreciación de la prueba en relación a las Reglas del Reglamento internacional para prevenir abordajes -Reglas 2, 5, 19, 33, 34 y 36-

Este motivo, por razones de simplificación procesal, debe ser estudiado conjuntamente con el cuarto, que teniendo la misma base del artículo 1692-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en él la parte recurrente parte de la base en que en la sentencia recurrida se ha infringido por errónea interpretación y aplicación los artículos 827 del Código de Comercio y los artículos 1138 y 1145 del Código Civil, así como la jurisprudencia que los desarrolla y aplica.

Estos motivos estudiados de consuno deben ser estimados de la forma y con las consecuencias que más tarde se dirán.

Ante todo y para un mejor entendimiento de la presente cuestión es preciso traer a colación el "factum" de la sentencia recurrida, sobre el que se puede afirmar que no ha existido controversia y que además ha sido conseguido a través de una hermenéusis lógica y racional, por lo que debe ser mantenido en este recurso.

Dicho "factum" está constituido por los siguientes datos:

A) - El día 6 de abril de 1979 el buque "Playa Dorada" -sus características eran de 350 toneladas de arqueo, 37 metros de eslora o longitud y 7 metros de manga o anchura, estando dotado de radar-, propiedad de "Hijos de Francisco Arguimbau S.A." y gobernado por el patrón mayor de cabotaje Pedro Miguel y asegurado por "Cesmar, S.A.", navegaba gobernado manualmente en dirección al puerto de Barcelona a una velocidad de unos seis nudos, siendo el estado de la mar de marejadilla y existiendo una visibilidad de unas veinte millas, y al encontrarse a unas 5,5 millas del puerto citado, es decir, dentro de las aguas jurisdiccionales de España, sobre las 6'20 horas, esto es, a la alborada. Entonces el mencionado patrón, que había observado la presencia de las luces de posición de otros buques lejanos, vio súbitamente las luces blanca y verde de otro buque -que resultó ser el pesquero "Colorado"- que se encontraba en el rumbo que llevaba a una distancia aproximada de media milla, por lo que realizó maniobras para evitar la colisión entre ambos buques, produciéndose el abordaje de la embarcación pesquera con el tajamar -parte exterior de la roda, que es la pieza que forma la proa del barco- del buque que gobernaba a la altura de la popa estribor de aquel -costado derecho del barco-, y como consecuencia de ello se hundió rápidamente el supradicho pesquero y se produjo la muerte de siete de sus tripulantes.

B) -a) El "Playa Dorada" tuvo tiempo de maniobrar para evitar el abordaje, avistando a "El Colorado" a media milla, dado que el "Playa Dorada" es un buque de 37'52 metros de eslora, por lo que en el peor de los supuestos, necesitaría como máximo 8 esloras (300 metros) para cambiar el rumbo 90 grados, con una caída de todo a estribor, teniendo en consideración que media milla son 926 metros. Dadas las condiciones de visibilidad de 20 millas, las luces del

pesquero tenían que haberse avistado como mínimo a 2 millas con una óptima utilización del radar.

-b) La situación en la que se encontraba el pesquero con respecto al "Playa Dorada" era de cruce como buque que cede el paso.

-c) Por lo que respecta al pesquero "El Colorao" se ha acreditado en el juicio que la persona a su mando, Inocencio tenía como titulación la de "motorista naval de los grupos Diesel y Semidiesel" y carecía de cualquier título para el mando de embarcaciones.

C) Los herederos de dichos fallecidos a título de perjudicados son los que formulan la demanda indemnizatoria extracontractual, origen de este proceso, contra el propietario, el patrón y la aseguradora del buque "Playa Dorada" antes identificado -todos ellos son partes recurridas y a su vez recurrentes en casación-.

D) El abordaje descrito dio origen a un procedimiento penal incoado por la Comandancia Militar Marítima de Barcelona, que posteriormente en el año 1982 se inhibió en favor de la jurisdicción ordinaria -Juzgado de Instrucción nº 11 de Barcelona-, que incoó unas Diligencias Previas que finalizaron mediante auto de archivo de fecha 21 de mayo de 1992, auto que no fue notificado de inmediato a los ahora accionantes y, más tarde, a petición de los mismos se hizo tal notificación el día 25 de marzo de 1994.

Entrando ya en el aspecto jurídico de la cuestión, hay que decir, en primer lugar, que será necesario determinar la normativa aplicable al caso controvertido, la cual con carácter general puede devenir en una doble vertiente. Una, la constituida por los preceptos del Código de Comercio relativas al abordaje -artículos 826 y siguientes-; y, otra, la contenida en el Convenio para la unificación de ciertas reglas en materia de abordaje -Convenio de Bruselas de 23 de noviembre de 1910-.

Pues bien, en este caso, hay que proclamar que la incorporación de España a tal convenio no ha supuesto la derogación de las normas del Código de Comercio sobre el abordaje marítimo; y el referido Convenio forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y es de aplicación directa -no podía ser de otra manera a tenor de lo dispuesto en los artículos 96-1 de la Constitución Española y 1-5 del Código Civil-.

Pero, ahora bien, si todos los buques implicados en el abordaje son de nacionalidad española -o sea que enarbolan el pabellón de España-, y ha acaecido el mismo en aguas jurisdiccionales españolas; en estos casos la legislación aplicable será exclusivamente la interna española, todo ello a tenor de lo dispuesto en el artículo 12 del referido Convenio. Lo cual lleva en principio a declarar que la presente cuestión debe ser resuelta con arreglo a las normas del Código de Comercio, y además también a efectos de sacar consecuencias jurídicas las reglas de carácter técnico-náuticos contenidas en el Reglamento para prevenir abordajes en el mar de 17 de junio de 1960 -con su antecedente de 1948- y ratificado por España el 21 de abril de 1964, todos ellos completados por el Reglamento para prevenir abordajes en la mar de 1972, que establece unas reglas de carácter-técnico, como las de rumbo y gobierno de las embarcaciones, normas sobre luces y marcas, y sobre señales acústicas y luminosas.

También incluye una Parte A cuyas "Generalidades" hacen referencia a importantes aspectos con incidencia en el régimen jurídico del abordaje, con la Regla 2ª sobre Responsabilidad (que establece unos criterios sobre el nivel de diligencia exigible a los capitanes del buque en caso de abordaje. Por ello su interés no es sólo técnico sino también jurídico, dado que las normas de conducta en él recogidas constituyen la base para determinar la culpa del sujeto agente. (Convenio de Bruselas de 23 de septiembre de 1910 para la unificación de ciertas reglas en materia de abordaje).

Solventando la cuestión de la legalidad aplicable será necesario determinar la responsabilidad del abordaje en cuestión y que es el que ahora se estudia en este recurso.

De principio hay que partir de que la responsabilidad -en el caso de que se determine- debe ser una de tipo extracontractual.

Dicho lo anterior, también es preciso constatar que la responsabilidad extracontractual derivada de un abordaje, puede provenir de un abordaje culpable bilateral o por culpa común, cuando está causado por la culpa de dos o más de los buques implicados, el cual está regulado en el artículo 827 del Código de Comercio, así como en el artículo 4 del Reglamento -esto último se dice a los efectos de técnica jurídica ya que por las razones antedichas es inaplicable-.

En este caso dicho precepto del Código de Comercio establece un distinto régimen jurídico, según del abordaje se deriven daños materiales o daños personales -lesiones o muertes-.

Continuando, también el abordaje puede estar enclavado en la figura del abordaje culpable unilateral, que regulado en el artículo 826 del Código de Comercio y en el artículo 3 del Reglamento -tener en cuenta lo antedicho-, que surge cuando una sola de los implicados en el



abordaje es responsable por culpa del mismo. En este caso es claro que se aplicarán las directrices de la responsabilidad extracontractual de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil. Otra forma y como causa de excepción de la responsabilidad es el del abordaje debido a causas fortuitas o ineludibles. Es el producido por caso fortuito o fuerza mayor, o sea que se excluye la negligencia en los protagonistas. Está regulado en los artículos 809-8 y 830 del Código de Comercio y en el artículo 2 del Convenio, y da como solución que cada buque implicado soporte sus propios daños.

Por último, surge la figura del abordaje dudoso, cuyo supuesto es muy frecuente ya que casi siempre en todo naufragio es muy difícil el determinar las causas del accidente al estar rodeadas de unos muy dudosos datos que acompañan al mismo y además al resultar inviable reflotar el buque hundido.

El régimen jurídico del abordaje dudoso se encuentra en el artículo 828 del Código de Comercio y en los artículos 2 y 4 del Reglamento -hay que tener en cuenta lo dicho con anterioridad-.

Pues bien tratando de subsumir los datos fácticos ya dichos con estas situaciones jurídicas, hay que proclamar que el siniestro en cuestión está enclavado en la figura del abordaje regulado en el artículo 827 del Código de Comercio y del artículo 4 del Convenio -abordaje bilateral o por culpa común-, que es la tesis de la sentencia de la primera instancia, que esta Sala acoge totalmente.

Se proclama lo anterior por una lógica subsunción de los datos fácticos ya expuestos, y por una lógica expansividad de los mismos, pero sobre todo observando la responsabilidad por culpa observada con respecto a ambos navíos, se ha de tratar en el área de la imputabilidad y no de la causalidad.

En efecto, en la actuación del barco "Playa Dorada", se observa la infracción de la Regla 22 b) del Reglamento Internacional para prevenir abordajes, puesto que no observó las luces del pesquero, que tenía que haber avistado como mínimo a dos millas, que es el límite de alcance de las luces de costado.

Asimismo infringió la Regla 17-a) ii) del Reglamento, ya que no adoptó oportunamente las medidas impeditivas del abordaje, tan pronto como le resultó evidente que el buque que debiera apartarse no estaba actuando en la forma reglamentaria.

Tampoco utilizó la previsión que establece la Regla 7 del Reglamento que en su apartado a), establece que cada buque hará uso de todos los medios que disponga a bordo y que serán apropiados a las condiciones y circunstancias del momento, y en este caso una óptima utilización del punteo del radar.

**En cuanto al pesquero "El Colorao se ha acreditado que la persona a su mando carecía de cualquier título para el mando de embarcaciones.**

Todo ello teniendo en cuenta, además, con respecto al pesquero se encontraba indebidamente en situación de cruce sin otorgar la preferencia de paso lógica.

En conclusión que sin olvidar la maniobra incorrecta del pesquero, se unió una actuación insuficientemente diligente del barco "Playa Dorada".

CUARTO.- El quinto y último motivo también lo determina la parte recurrente en el artículo 1692-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que en la sentencia de primera instancia, según opinión de la misma, se ha infringido lo dispuesto en los artículos 809-8 y 827 del Código de Comercio, puesto que ninguno de estos preceptos establece la limitación de la responsabilidad derivada de un abordaje en el "quantum" como se realizó en la misma.

Este motivo debe ser tajantemente desestimado, y por la simple razón que el objeto del recurso de casación es siempre la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial, y no la de la primera instancia. Y en el presente caso la sentencia de la Audiencia Provincial, que es la que se recurre, no trata -dado su carácter absolutorio- del tema del montante de la indemnización derivada de la responsabilidad cuya causa ha sido el abordaje.

Y así se establece en la jurisprudencia de esta Sala, cuando se dice "...que el objeto del recurso de casación es la resolución recurrida en la apelación y se debe rechazar la pretensión de conjuntar en casación los enjuiciamientos de las respectivas sentencias de primera instancia y de apelación" -por todas las sentencias de 13 de febrero de 1992 y 31 de diciembre de 1994-. Pero como en este caso, ineludiblemente, dado el desarrollo del recurso, la Sala tiene que asumir la instancia, en esta situación hay que tener en cuenta y fijar las indemnizaciones que deben ser abonadas para reparar el daño causado.

El parámetro de las mismas ha de tener dos cotas; una, la situación de desventaja económica en que quedan las personas que estaban a su cargo, y, otra, el daño moral derivado de la pérdida de un ser querido.

Pero sobre todo procede moderar el montante indemnizatorio, teniendo en cuenta la concurrencia de actuaciones culposas determinantes del abordaje.

Por ello dichos parámetros se fijarán teniendo en cuenta la valoración efectuada en la sentencia de primera instancia, que se acogen totalmente.

RECURSO DE HIJOS DE "FRANCISCO ARGUIMBAU, S.A.", DE Pedro Miguel Y "CESMAR, S.A."

PRIMERO.- El único motivo del actual recurso de casación lo basa la parte recurrente en el artículo 1692-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que en la sentencia recurrida, según afirma dicha parte, se ha infringido por inaplicación el artículo 1691 y por interpretación errónea el artículo 1699, ambos del Código Civil, así como la jurisprudencia que los interpreta.

La tesis casacional está basada en la afirmación de que la acción de responsabilidad extracontractual derivada del naufragio ejercitada por las demandantes, estaba ya prescrita.

Este motivo debe ser desestimado.

En efecto, el plazo de dos años es el que se establece para la prescripción de esta clase de acciones, en el artículo 953 del Código de Comercio, y que, en principio, se debe contar desde el momento en que tuvo lugar el siniestro -que en este caso sería el 6 de abril de 1979-.

Pero, ahora bien, lo anterior debe atemperarse con la doctrina jurisprudencial actual en relación al día inicial para el ejercicio de esta acción de responsabilidad extracontractual, para el caso de que sobre los hechos previamente se hayan incoado actuaciones penales -como ocurre también en la presente contienda judicial-.

Pues bien, en esta situación el plazo no empezará a contar desde la notificación del auto de sobreseimiento de la causa penal incoada -que acaeció el 24 de marzo de 1994-.

Y como la demanda se planteó el 5 de abril de 1994, el antedicho plazo prescriptivo no ha transcurrido.

Tampoco es óbice a la anterior afirmación el que tal resolución de sobreseimiento y archivo, les fuera notificada a instancia de los propios demandantes.

Todo lo dicho tiene su fundamento en actual y ya consolidada doctrina jurisprudencial emanada de las sentencias de esta Sala, que afirma "que en el ejercicio de una acción de responsabilidad civil aquiliana, la determinación del plazo en el evento en que previamente ha habido una tramitación de proceso penal, el día inicial para el cómputo del año que establece dicho precepto como plazo de prescripción de la posibilidad de exigencia, es aquél en que se notificó fehacientemente el auto o resolución por el que se archivaba definitivamente la causa penal. Y así se ha determinado en reiterada doctrina jurisprudencial -por todas la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de diciembre de 2000 y la sentencia de esta Sala de 10 de octubre de 1996 y 12 de mayo de 2005-."

Además, hay que decir una vez por todas que dicha notificación supone un elemento de seguridad jurídica, que no puede obtenerse del dato del conocimiento "extra-notificación", a través de presunciones o indicios de que la parte afectada hubiera podido o debido conocer o saber la resolución de sobreseimiento.

COSTAS

UNICO.- En relación a los recurrentes "Hijos de Francisco Arguimbau, S.A.", "Cesmar, Compañía Española de Seguros Marítimos" y Pedro Miguel, las costas de su recurso de casación se les impondrán en razón a la técnica del vencimiento que establece el artículo 1715-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero no así las de la primera instancia y las de la apelación a tenor de lo dispuesto en los artículos 523, -por no coincidir la sentencia en la fundamentación jurídica de la demanda- y 710, ambos de dicha Ley procesal.

En cuanto a los recurrentes Estela, Natalia, María Purificación, Erica, Penélope y Ángeles, no se hará una expresa declaración de imposición de las costas procesales, ni en la primera instancia, ni en la apelación, ni en este recurso de casación, por las mismas razones legales antedichas.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Que debemos acordar lo siguiente

1º.- Estimar el recurso de casación interpuesto por doña Estela, doña Natalia, doña María Purificación, doña Erica, doña Penélope y doña Ángeles, frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 10 de octubre de 1998.

2º.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la firma "Hijos de Francisco Arguimbau, S.A.", "Cesmar" Compañía Española de Seguros Marítimos y don Pedro Miguel , contra la referida sentencia.

3º.- Casar y anular la misma y dictar otra por la que se condena solidariamente a los demandados "Hijos de Francisco Arguimbau, S.A.", "Cesmar" Compañía Española de Seguros Marítimos y don Pedro Miguel a pagar como indemnización de daños y perjuicios a:

- a.- Doña Estela , la suma de 66.111'33 euros.
- b.- Doña Natalia , la suma de 66.111'33 euros.
- c.- Doña María Purificación , la suma de 96.161'94 euros.
- d.- Doña Erica , la suma de 66.111'33 euros.
- e.- Doña Penélope , la suma de 66.111'33 euros.
- f.- Doña Ángeles , la suma de 66.111'33 euros.

Todo ello sin hacer una expresa imposición de las costas procesales, ni en la 1ª Instancia, ni en la apelación.

4º.- Imponer las costas procesales de su recurso de casación en lo que atañe a "Hijos de Francisco Arguimbau, S.A.", "Cesmar" Compañía Española de Seguros Marítimos y don Pedro Miguel .

5º.- No hacer expresa imposición de las costas procesales de este recurso respecto a doña Estela , doña Natalia , doña María Purificación , doña Erica , doña Penélope y doña Ángeles . Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- J.A. Xiol Ríos.- V.L. Montés Penadés.- I. Sierra Gil de la Cuesta.- Firmado.- Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

#### **SAP de CABTABRIA, Nº 183/00 de 15 de diciembre de 2000 (CIVIL)**

#### **RESUMEN**

**La Audiencia Provincial estima el recurso contra la Sentencia de Instancia de una de las partes apelantes y desestima el de la parte contraria. La Sala entiende que no hay abordaje en sentido técnico jurídico, por lo que no procede la indemnización de daños y perjuicios por este motivo.**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO: Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de San Vicente de la Barquera, y en los autos ya referidos, se dictó en fecha 28 de Junio de dos mil, Sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: Que debo ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda presentada por la Procuradora Sra. Mónica Alvarez del Valle en nombre y representación de D. Francisco Muñoz Santoveña y Dª. Julia Múgica Roiz, en el ejercicio de la responsabilidad extracontractual derivada de un siniestro marítimo contra D. Pedro García Fernández y Mutua de Seguros a Prima Fija "MURIMAR" y condeno solidariamente a los demandados al pago de UN MILLON QUINIENTAS QUINCE MIL SEISCIENTAS OCHENTA Y CINCO PESETAS (1.515.685 ptas.), más los intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda y sin hacer especial imposición de las costas causadas en esta instancia.

SEGUNDO: Contra dicha Sentencia, la representación de la ya reseñada parte apelante interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido a trámite por el Juzgado de Primera Instancia. Emplazadas las partes ante la Audiencia Provincial, y una vez personadas ante ella, el asunto fue repartido a esta Sección Cuarta, que sustanció el recurso por sus trámites y señaló la Vista del recurso, la cual se celebró, quedando el recurso visto para sentencia.

TERCERO: En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, a excepción del plazo de resolución del recurso, debido al número de asuntos pendientes que pesan sobre ésta Sección.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Contra la sentencia de instancia se interpone recurso de Apelación tanto por la demandada Mutua de Seguros a Prima Fija Murimar como por los actores D. Francisco Muñoz Santoveña y D<sup>a</sup>. Julia Múgica Roiz. La Compañía de Seguros impugna la sentencia en cuanto al fondo entendiendo que no ha habido abordaje y que el juzgador de instancia incurre en error en la valoración de la prueba. Por los actores se impugna la sentencia respecto al importe de las cantidades concedidas por los daños habidos en la embarcación de su propiedad.

SEGUNDO: Procede examinar en primer lugar el recurso planteado por la demandada Compañía de seguros Murimar. Los actores ejercitan en el presente procedimiento una acción de reclamación de cantidad en base a los daños sufridos por la embarcación de su propiedad denominada "Eulalia" cuando abordada por la embarcación "Nuevo Madre Rosaura"; la entidad aseguradora demandada se opone a la demanda negando la existencia de colisión y por tanto de abordaje. El Código de Comercio de 1829 no reguló el abordaje como figura autónoma, se limitaba a aludir en el número 7 del art 935 a las averías considerando avería simple o particular " el daño que reciban el buque o cargamento por el choque o amarramiento con otro, siendo éste causal e inevitable" El Código de Comercio actual regula el abordaje en los arts 826 a 839, que integra la sección tercera del Título IV del Libro tercero. También se refieren explícitamente al abordaje los art. 612.13 a) ( que incluye entre las obligaciones inherentes al cargo de capitán de buque, la de observar las reglas sobre luces de situación y maniobras para evitar abordajes), el art. 618.8 ( que responsabiliza al capitán de los daños y perjuicios que resulten de su inobservancia), el art. 755.4 ( que comprende el abordaje fortuito entre las causas de los daños y perjuicios indemnizables), el art. 953 (que regula la prescripción de las acciones para reclamar indemnización por los abordajes)

El régimen del Código de Comercio sobre abordajes, que coexiste en nuestro derecho con la normativa convencional internacional, constituye el ordenamiento básico español sobre este accidente del mar, y el mismo sólo es aplicable cuando nos encontramos ante un supuesto de " abordaje" en sentido técnico jurídico. El Código de Comercio no define el abordaje; sino que da por supuesta la noción del mismo. En el lenguaje usual la palabra abordaje tiene distintas acepciones; y así, según el Diccionario de la Lengua Española, " abordaje" es " acción de abordar", y el verbo "abordar" ofrece hasta tres significados: a) llegar una embarcación a otra, chocar o tocar con ella, ya sea para embestirla, ya para cualquier otro fin, ya por descuido, ya fortuitamente; b) atracar una nave a un embarcadero, muelle o batería; c) aportar, tomar puerto, llegar a una costa, isla, etc.

El Código parte de la idea de lo que en términos náuticos se conoce como " abordaje" el choque de una embarcación con otra" y así se refleja en la exposición de motivos. Del Código de Comercio resulta efectivamente: a) que el abordaje es " choque o colisión " (art. 809.8); de carácter violento, por cuanto que es capaz de ocasionar daños y perjuicios materiales ( arts 755.4, 809.8, 826 a 838); b) que es choque o colisión entre buques (art. 809.8, 826 a 828, 830, 834 y 839) razón por la cual no es abordaje la embestida de un buque contra una instalación fija; c) el abordaje puede tener lugar en cualesquiera aguas marítimas, incluidos los puertos o fondeaderos ( art 832) y las aguas extranjeras o libras ( art 839).

La mayoría de la doctrina, para que se produzca abordaje en sentido técnico jurídico exige: a) la implicación de dos o más buques; b) que al menos el buque abordador sea un buque mercante; c) que tenga lugar una colisión violenta; d) que el accidente ocurra en aguas marítimas; e) que se generen resultados materiales lesivos.

TERCERO: En el presente caso los actores ejercitan la acción derivada del art. 826 del Código de Comercio y así citan dicho artículo y los siguientes como fundamentación jurídica de su demanda.

Por tanto procede examinar si entre la nave " Eulalia" y la nave "Nueva Madre Rosaura" se ha producido un abordaje en sentido técnico jurídico, según lo dicho en el

fundamento anterior. Es decir, si ambas naves han entrado en colisión violenta. La única prueba al respecto es la prueba pericial, folios 219 y ss, y en dicha prueba el perito, de forma clara, nos manifiesta que no ha habido colisión entre las dos naves, que los daños en la nave " Eulalia" se han producido por abrirse una vía de agua en su casco al realizar la nave " Nueva Madre Rosaura" la maniobra de abarloarse, conclusiones 1 a 5 del informe pericial.

Por tanto no acreditado el hecho en que la parte actora fundamenta su acción, debe desestimarse la misma. En el presente procedimiento no puede examinarse si la maniobra para abarloarse, realizada por la nave " Nueva Madre Rosaura" es correcta o no, pues en dicho hecho no fundamenta la parte actora su acción y por tanto no ha sido objeto de debate en el procedimiento y la estimación de la demanda en base a dicha maniobra causa una clara indefensión a la contra parte, que por tratarse de un hecho nuevo no debatido en el procedimiento no ha podido aportar pruebas en tal sentido. Debe concluirse por tanto que no se ha probado que existiese colisión y por tanto abordaje entre ambas naves y por ello procede desestimar íntegramente la demanda, sin analizar la realidad y cuantía de los daños.

CUARTO: Conforme al art. 523 y 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede imponer las costas procesales de la 1ª instancia a la parte actora, sin hacer imposición de las de esta alzada.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de su Majestad, el Rey,

#### FALLAMOS

Estimando el recurso interpuesto por la representación legal de La Compañía de Seguros "Murimar" y desestimando el recurso interpuesto por la representación legal de D. Francisco Muñoz Santoveña y Dª. Julia Múgica Rioz contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª instancia de San Vicente de la Barquera en juicio de Menor Cuantía n 98/99 y con revocación de la misma debemos desestimar íntegramente la demanda interpuesta por D. Francisco Muñoz y Dª. Julia Múgica contra D. Pedro García Fernández y la Mutua de Seguros a Prima Fija "Murimar" absolviendo a los demandados de las pretensiones de la demanda. Con imposición de las costas procesales de 1ª Instancia a la parte actora y sin hacer imposición de las de esta alzada.

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

PUBLICACION: La precedente Sentencia ha sido publicada por el Ilmo.. Sr. Magistrado Ponente en el día de su fecha, de lo que doy fe.-