



Roj: **STSJ ICAN 2852/2010 - ECLI:ES:Tsjican:2010:2852**

Id Cendoj: **38038340012010100672**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **30/06/2010**

Nº de Recurso: **1128/2009**

Nº de Resolución: **647/2010**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ANTONIO DORESTE ARMAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

En Santa Cruz de Tenerife , a 30 de junio de 2010.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Santa Cruz de Tenerife formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D./Dña. M<sup>a</sup> Carmen Sanchez Parodi Pascua (Presidente), D./Dña. Antonio Doreste Armas (Ponente) y D./Dña. Gloria Pilar Rojas Rivero , ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación núm. 0001128/2009 , interpuesto por Rogelio y FRED OLSEN S.A. , frente a la Sentencia del JDO. DE LO SOCIAL N. 5 de SANTA CRUZ DE TENERIFE en los Autos 0000246/2009 en reclamación de DESPIDO , ha sido Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./DÑA. Antonio Doreste Armas .

### **ANTECEDENTES DE HECHOS**

PRIMERO.- Que según consta en Autos, se presentó demanda por Rogelio , en reclamación de DESPIDO siendo demandado FRED OLSEN S.A. y celebrado juicio y dictada Sentencia, el día 16 de Junio de 2009 , por el Juzgado de referencia, con carácter estimatorio .

SEGUNDO.- Que en la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes: "PRIMERO.- D. Rogelio trabajaba para "Fred Olsen, Sociedad Anónima" desde el 11 de febrero de 1995.

El demandante inició su relación laboral con la demandada con la categoría profesional de Primer Oficial en el buque "Betancuria".

El 25 de febrero de 1999 el demandante fue promovido a la categoría de Capitán en el buque "Bonanza Express", sin llegar a suscribirse un contrato especial de alta dirección.

El salario regulador, a efectos del presente despido, asciende a 67.555,68 euros anuales, 5.629,64 euros mensuales prorrateados o 185,09 euros diarios prorrateados.

En el año 2009 las retribuciones salariales mensuales fijas del actor se integraban por un salario base de 2.793,55 euros, un plus de embarcación de alta velocidad de 1.046,17 euros, y un plus de permanencia a bordo de 702,63 euros.

La cuantía de las dos pagas extras es equivalente a la del salario base.

En el año 2008 el actor percibió las siguientes cantidades como retribuciones salariales de cuantía no fija:

Horas extras I, 5.826,95 euros.

Horas extras II, 293,90 euros.

Descanso acumulado, 257,36 euros.



Bolsa de vacaciones, 1.082,17 euros.

SEGUNDO.- D. Rogelio no ostenta o ha ostentado en el año anterior a su despido la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical.

TERCERO.- El día 15 de enero de 2009 se produjo el despido de D. Rogelio por parte de su empleador "Fred Olsen, Sociedad Anónima"; en la carta de despido se decía lo siguiente:

"Una vez concluido el expediente que le fue aperturado el pasado día 2 del presente mes, han quedado acreditados los siguientes hechos:

Aproximadamente a las 20:10 horas del pasado 2 de diciembre, el buque Bonanza Express, procedente del puerto de San Sebastián de La Gomera, realizó incorrectamente la maniobra de atraque en el puerto de Los Cristianos y como consecuencia de ello, terminó embarrancando en la Playa de Los Tarajales.

En la realización de dicha maniobra ha incurrido Vd. en los siguientes errores:

1º.- No realizó las pruebas, tal como establecen los procedimientos del barco, de los medios de gobierno y control, incluida una cuestión fundamental, como es verificar que la máquina va atrás.

2º.- Realizó la maniobra a una velocidad superior a la acostumbrada, teniendo en cuenta que estaba en modo back-up.

3º.- La aproximación al puerto la hizo con un rumbo muy cerrado, sin grandes posibilidades de una maniobra de evasión en caso de fallo.

4º.- No preguntó al 1º Oficial si el check-list de la llegada estaba cumplimentado correctamente, lo que hubiera detectado el fallo de los trim-tabs.

5º.- No cantó "iniciamos reviro"; que es la orden que determina el inicio de la estiba de los trim-tabs.

6º.- No reparó que el Jefe de Máquinas no cantó "estibando" y "estibados", en relación con los trim-tabs, como se hace siempre.

7º.- Cuando observó que las cucharas no iban atrás, no reparó en que la causa más lógica de este fallo, en una maniobra en back-up, es que los trim-tabs no están estibados y no lo verificó, que era la primera comprobación que tenía que haber hecho.

8º.- Consideró sin base real que esa tarea ya estaba hecha por el Jefe de Máquinas y 1º Oficial, cuando en el caso del fallo que se produjo tenía que cerciorarse sin lugar a dudas, mediante consultas verbales y concretas de que los trim-tabs estaban estibados.

9º.- No se le ocurrió, en una situación tan conflictiva, presionar los botones de "clutch lock" y "flaps up", lo que hubiera solventado el problema.

10º.- Cuando, una vez detectado el fallo, pidió pasar el control al puesto de mando de proa, sin ordenar al mismo tiempo que los mandos se pusieran avante en posición sincronizada con las cucharas, sin lo cual no se podía tomar el control de la máquina en el puesto de control de proa.

11º.- No reparó en la alarma sonora de "BCM proporcional valve", que indicaba que no se había producido la sincronización y por tanto, no había control de las cucharas.

12º.- Cuando al pasar de nuevo la maniobra a popa cometió los mismos errores.

13º.-Al comprobar, después de este cambio, que las cucharas no iban atrás en modo manual, no se le ocurrió probar en automático en el panel de popa, lo que le hubiera devuelto el control de la máquina atrás del buque en pocos segundos.

14º.- Se obcecó en dar atrás de una forma reiterada en unas maniobras que no podían dar resultado, al fallar la sincronización de los mandos con la posición de las cucharas.

15º.- No mandó parar los motores, lo hizo el Jefe de Máquinas cuando el barco estaba embarrancado.

16º.- Dio la orden de fondeo demasiado tarde.

17º.-Ante una situación tan complicada, no tenía pensada, ni la buscó, una solución alternativa, sino que se empeñó de forma reiterada en maniobras erróneas que de ninguna manera le podían devolver el control del buque.

Afortunadamente, no se produjeron daños personales entre los 172 pasajeros y los 16 tripulantes, pero el buque ha sufrido graves daños, cuyo tiempo de reparación ha sido estimado inicialmente en doce semanas.



Los hechos relatados aparecen tipificados en el artículo 43-3m del Convenio Colectivo de Fred. Olsen, SA y su personal de flota y como tales constitutivos de falta muy grave.

En base a ello, lamentamos comunicarle que la Dirección de la Empresa ha decidido proceder a su despido, con efectos a partir de la notificación de la presente comunicación".

CUARTO.- El Manual de Sistema de Gestión de la Seguridad de procedimientos del buque "Bonanza Express" indica dentro de las funciones del capitán las siguientes:

1. El Capitán tiene el mando absoluto del buque, manteniendo además la potestad de la última decisión en todos los aspectos a bordo. Esta no va en menoscabo de su responsabilidad para la seguridad en la navegación en su nave y de la eficiente organización a bordo.
2. Es el último responsable de las vidas a bordo, el buque y la carga. En situación de emergencia podrá tomar aquella decisión que considere necesaria manteniendo informado a la empresa y en especial al responsable del SGS en tierra.
3. Será responsable de que el buque zarpe a son de mar, y con los pertrechos necesarios para la travesía. (consumos, agua dulce, etc...)
4. Será responsable de la estabilidad y de la integridad del buque, sin menoscabo de posibles delegaciones.
5. Será responsable del mantenimiento de todo el buque, del orden y limpieza del buque.
6. Será responsable de la gestión del buque en su nivel.
7. Será el representante de Líneas Fred. Olsen S.A. a bordo, informando a la Compañía de cualquier problema que pudiera afectar a la explotación adecuada del buque.
8. Asegurará la confidencialidad de la información que tenga este carácter
9. Coordinará los departamentos así como los entrenamientos y procedimientos a bordo. 10. Mantendrá un alto nivel de comunicación dentro del buque y del buque con el exterior.
11. Asegurará un aprovechamiento eficiente de los recursos informando a la empresa de aquellos aspectos que considere necesarios.
12. Asegurará el cumplimiento en la legislación internacional, nacional y normas de la empresa.
13. Informará a la empresa respecto a las condiciones y capacidades de su tripulación, promociones, etc. También será el que tenga la última palabra con respecto a la condición de la tripulación a bordo (continuidad en la empresa etc.) en función de los rendimientos de cada uno.
14. Será el responsable en el control ucd las medicinas a bordo, así como las drogas.
15. Promoverá la participación activa de la tripulación en los programas de medio ambiente, salud, gestión de la seguridad etc..
16. Será el responsable de que se rellene adecuadamente el Diario de Navegación y los datos que en el se reflejen.

QUINTO.- El Manual de Sistema de Gestión de la Seguridad de procedimientos del buque "Bonanza Express" recoge también una serie de procedimientos para diversas maniobras del buque, señalando respecto a las responsabilidades que:

"El Capitán del Buque es el responsable de la aplicación de este procedimiento, así como de la emisión o recepción de todos los documentos necesarios para el desempeño de las actividades realizadas, además de revisar la documentación del Sistema de Gestión de la Seguridad, y más concretamente en lo concerniente a los procedimientos aplicables al buque.

Es también responsable de la organización y cumplimiento de las obligaciones contenidas en el MGS, del Plan de Viaje decidido y de la correcta aplicación de este procedimiento.

El Jefe de Máquinas es el responsable de la aplicación de este procedimiento, así como de la emisión o recepción de todos los documentos necesarios para el desempeño de las actividades realizadas, además de revisar la documentación del Sistema de Gestión de la Seguridad, y más concretamente en lo concerniente a los procedimientos aplicables al buque en el departamento de máquinas.(...)

El 1º Oficial de Puente y el 1º Oficial de Máquinas, como responsables del cumplimiento de las instrucciones generales y de las órdenes del Capitán, y Jefe de Máquinas respectivamente".

Dentro de las comprobaciones a la llegada en el puente y máquinas se establece que en el Puente:

"Se cumplimentará el formulario FP051-ON-01/4 "Comprobaciones a la Llegada: Puente y Máquinas" (ver Anexo 8.4), realizando las comprobaciones y verificaciones oportunas en cada caso.

a) Antes de la Llegada:

Se comunicará con la Oficina de la Terminal o al Control de Tráfico, según proceda, avisando con 30 minutos de antelación, y posteriormente de nuevo, en la situación de 3 millas antes de la llegada.

Se comprobará el Sistema de Gobierno y sus elementos para tener la certeza de su correcto funcionamiento antes de la llegada.

Se comprobará el correcto funcionamiento de los aparatos V.H.F. portátiles.

Resulta muy importante tener en perfecto estado de limpieza y funcionamiento tanto las cámaras TV de maniobra como los cristales, para poder realizar las maniobras de la forma más segura posible.

Se comprobará que las puertas contra incendios están bloqueadas y se llevan dos generadores en servicio.

b) En Maniobra

Se comprobará que las 2 bombas hidráulicas están en servicio.

Los marineros deberán estar preparados en la maniobra.

Se tendrá el ancla preparada.

Se conectarán y probarán los Talk back de las maniobras de proa y popa.

Se comprobará que están estibados los trim tabs de babor y estribor".

SEXTO.- El límite de velocidad para los buques, antes de traspasar la bocana del puerto de Los Cristianos, es de 20 nudos.

En las aguas interiores del puerto, el límite de velocidad es de 7 nudos, por lo que las embarcaciones tienen que reducir su velocidad hasta ese límite una vez atravesada la bocana.

SÉPTIMO.- Cumpliendo normas específicas de protección de poblaciones de cetáceos existentes en las cercanías del puerto de Los Cristianos, la ruta hacia dicho puerto desde el de San Sebastián de La Gomera se traza desde el puerto de San Sebastián hasta un punto situado a 3,85 millas y 243º desde el puerto de Los Cristianos, y desde ese punto hasta el puerto de Los Cristianos.

El rumbo desde ese punto hasta el Puerto de Los Cristianos es de 63º.

No hay protocolo de la compañía demandada para acceder al puerto de Los Cristianos en un determinado ángulo de entrada.

OCTAVO.- Alrededor de las 13:30 horas del 2 de diciembre de 2008 se detectó una avería en el buque "Bonanza Express", concretamente en el timonaje o gobierno de los "waterjets" -sistemas de propulsión a chorro de agua- de la banda de estribor, que no respondían en el sistema normal o automático pero sí en el manual o "back-up".

La avería podía derivar bien de un fallo hidráulico o eléctrico en la válvula del timón o válvula selectora de automático-manual, o bien a un fallo eléctrico en la placa principal del sistema de timonaje de estribor, comprobándose varias horas después -después de embarrancar el buque-, que la válvula de timonaje estaba bloqueada.

Desde que se detectó la avería hasta que se produjo el accidente, el buque tuvo que ser gobernado en modo manual o "back-up".

El sistema hidráulico que alimenta el timonaje de los "waterjets" es el mismo que el de las aletas de nivelación o "trim-tabs".

NOVENO.- Salvo en la última maniobra de llegada al puerto, en las anteriores el capitán dijo "iniciando reviro" antes de proceder a dar marcha atrás al buque para la maniobra de atraque y el Jefe de Máquinas indicó que los "trim-tabs" estaban estibándose y luego quedaban estibados.

DÉCIMO.- Hacia las 20:05 horas del día 2 de diciembre de 2008 el buque "Bonanza Express" se disponía a hacer su entrada en el puerto de Los Cristianos, Arona, Tenerife, procedente del puerto de San Sebastián de La Gomera, llevando retraso con respecto al horario programado.

A entre siete y seis cables de la bocana del puerto el Jefe de Máquinas dijo "Esto no se mueve nada. Auto off".



En el ordenador del Jefe de Máquinas se registró un aviso de "Flaps not fully stowed" -aletas no completamente estibadas, en relación a los "trim-tabs"- a las 20:08:58; no apreciándose en la grabación de seguridad que en ese momento sonara ninguna alarma sonora.

Tras rebasar el tercer cable desde el puerto el Capitán dijo "vamos para atrás" y posteriormente "lo tengo", tras pasarle el primer oficial el control de la nave a popa, escuchándose en ese preciso momento un breve pitido.

A continuación, a un cable desde el puerto el capitán pidió a alguien, al parecer el Jefe de Máquinas, que comprobara si aparecía algún bote o algún otro objeto delante del barco, indicándosele que no había nada.

Un marinero dio aviso de estar el ancla en "stand by" y, posteriormente, que el ancla estaba desengranada, dándose aviso posteriormente al primer oficial por el marinero que controlaba el ancla para que acudiera a otra parte del barco.

En la bocana del puerto, alrededor de las 20:10:45 horas la velocidad del buque era de unos 11,1 nudos, habiéndose reducido desde 13,60 nudos a la que navegaba a las 20:08:58 horas.

Tras indicarse al capitán que estaba todo libre, y traspasar la bocana del puerto, cuando se iba a proceder a pasar los "waterjets" en modo inverso, para frenar el buque, dar marcha atrás, e iniciar la ciaboga, el capitán dijo que no iban las cucharas atrás.

El capitán entonces preguntó al Jefe de Máquinas que mirara las bombas a ver si estaba todo puesto, indicándole el Jefe de Máquinas que estaba todo puesto.

Tras insistir el capitán que las cucharas no iban, pidió al primer oficial que cogiera el control en proa para dar marcha atrás, sin que tampoco respondieran las cucharas.

Los mandos no se pusieron inmediatamente en posición sincronizada con las cucharas.

En ese momento sonó una alarma, mientras un marinero gritaba "proa a las boyas 20", y nuevamente sonó la misma alarma cuando el capitán pidió nuevamente que se le pasara el control a popa, mientras el marinero de proa gritaba "sobre la boya", procediendo entonces el capitán a dar la orden de "Fondo".

Con el control en popa, el Capitán intentó nuevamente dar marcha atrás toda, sin que respondieran las cucharas.

Cuando el casco de la nave comenzó a rozar el fondo, se ordenó parar los motores.

Entre el paso por la bocana y el embarranque transcurrieron unos 70 segundos.

DECIMOPRIMERO.- No consta que antes de iniciarse la maniobra de reviraje se comprobara si funcionaba la marcha atrás.

DECIMOSEGUNDO.- En el momento del accidente no había luz diurna; había vientos de componente Este de entre 15-16 nudos, a algo más de 3 millas del puerto, y de entre 1-3 nudos en el puerto, y la marea estaba bajando.

DECIMOTERCERO.- Unos minutos después de embarrancar se comprobaron las cucharas y las mismas respondieron y daban marcha atrás.

DECIMOCUARTO.- En el modo "auto-off" los "trim-tabs" se estiban automáticamente al cambiarse los mandos de proa a popa.

DECIMOQUINTO.- Con posterioridad al accidente se determinó como causa por la que no funcionó la marcha atrás que los "trim-tabs" no estaban estibados en el momento de dar marcha atrás, lo que impedía el funcionamiento de dicha marcha si el buque estaba funcionando en modo manual.

Cabía forzar la marcha atrás, pese a no estar las aletas estibadas, manteniendo presionado el botón de desactivación de seguridad o "clutch-lock", el cual se encuentra en el panel de mando del Jefe de Máquinas.

DECIMOSEXTO.- Tras el accidente el buque "Bonanza Express" fue llevado a "Astilleros Canarios", en Las Palmas, el 6 de diciembre de 2008, siendo varado el 10 de diciembre de 2008 y botado nuevamente el 10 de febrero de 2009, concluyendo las pruebas de mar el 26 de febrero de 2009.

El coste de la reparación ascendió a 3.750.000 euros, mientras que los costes de indemnizaciones a pasajeros y pérdidas de beneficios ascendieron a unos 984.881 euros.

La mayor parte de esos costes fueron cubiertos por la aseguradora de "Fred Olsen, Sociedad Anónima", pero el coste de la póliza de seguro se incrementó para la demandada, en el año siguiente, en más de 64.000 euros.





Durante el tiempo en que el buque permaneció en reparación, la tripulación del mismo tuvo sus contratos de trabajo suspendidos por fuerza mayor, según expediente de regulación de empleo aprobado por la Dirección General de Trabajo en resolución de 23 de diciembre de 2008.

DECIMOSÉPTIMO.- En el expediente disciplinario que se abrió al demandante, se le dieron tres días para alegaciones, tras serle entregado el 2 de enero pliego de cargos; el demandante entregó escrito de alegaciones el 8 de enero de 2009.

El día 7 de enero de 2009 el demandante pidió a la demandada la entrega de una copia de la grabación de la reunión del mismo con la comisión de investigación del accidente, y una copia en inglés del pliego de cargos.

DECIMOCTAVO.- El 12 de diciembre de 2006 el demandante reportó a la empresa una serie de fallos de los "trim-tabs" del buque "Bonanza Express", al caer uno o dos leds el de estribor, en automático.

DECIMO PRIMERO.- Se presentó el día 4 de febrero de 2009 por parte del actor papeleta de conciliación, teniendo lugar la comparecencia ante el S.M.A.C. el día 19 de febrero de 2009, sin avenencia." TERCERO.- Que por el JDO. DE LO SOCIAL N. 5 de SANTA CRUZ DE TENERIFE, se dictó Sentencia, cuyo Fallo literal dice: " Debo estimar y estimo parcialmente la demanda presentada por D. Rogelio, y, en consecuencia:

PRIMERO: Declaro improcedente el despido de la parte actora llevado a cabo por la demandada "Fred Olsen, Sociedad Anónima" el día 15 de enero de 2009.

SEGUNDO: Condeno a la parte demandada "Fred Olsen, Sociedad Anónima" a indemnizar al demandante por despido improcedente en la cantidad de 37.018 euros, salvo que las partes, de común acuerdo, decidan la reincorporación del demandante en su puesto de Capitán.

De no acordarse tal reincorporación, el demandante podrá optar en el plazo de 20 días desde la notificación de esta sentencia por reanudar la relación laboral en su anterior puesto de Oficial de 1ª, conservando el derecho a la indemnización por despido improcedente.

Todo ello sin devengo de salarios de tramitación."

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte Rogelio y FRED OLSEN S.A., siendo impugnado de contrario. Recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo el día 08 de Marzo de 2010.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia de instancia declaró como improcedente el despido del demandante relevándole de responsabilidad disciplinaria en el accidente marítimo (varada en playa del Ferry, al fallar la maniobra de atraque) pero declarando también la relación especial de alta dirección del citado demandante, como Capitán del buque. Frente a ella se alzan en suplicación ambas partes, en pro de alterar las dos conclusiones que se acaban de exponer. Tanto la representación procesal del citado trabajador, como la patronal, articulan motivos de revisión fáctica y de censura jurídica, cimentados procesalmente en los apartados b y c del art. 191 de la L.P.L.

SEGUNDO.- El primer recurso que ha de examinarse es el del demandante, pese a que el éxito (que ya se anuncia) del de la demandada deja estéril -en cuanto a efectos prácticos de la presente Sentencia- al del actor, pues declarado como procedente el despido, dá igual que la relación laboral sea de alta dirección, como defiende la Sentencia de instancia y la empresa, o que sea común.

Sin embargo, la Sala debe aplicar la doctrina jurisprudencial (STS 10-7-00) relativa a la necesidad de que consten en hechos probados no sólo los que le sirvan al órgano que resuelve (el Juzgado o, aquí, la Sala), sino también los que sean precisos para que resuelva el órgano judicial situado en posición jerárquica superior (aquí, el Tribunal Supremo), en el posible (y aquí, probable, dada la relevancia del pleito) recurso de casación que pueda plantearse y ello pese, también, a que la cuestión planteada en el recurso es más jurídica que fáctica, pues tal es la consideración de los Capitanes de Buques de la naviera demandada como altos directivos. Sin embargo, el recurso contiene motivos revisorios cuyo examen, por más que giren en torno a lo dispuesto en el Convenio Colectivo de la empresa, no pueden dejar de ser resueltos, de todo lo cual se concluye que la Sala no puede eludir el examen y resolución de este recurso.

TERCERO.- Su primer motivo, de revisión fáctica, se presenta con cobertura procesal en el art. 191.b LPL, para solicitar, en síntesis, alterar el relato de hechos probados para incluir dos nuevos.

A.- Previo a ello, debe exponerse la doctrina general sobre esta clase de motivos. Al efecto, Sentencias de este Tribunal como las de 17-12-2007, entre tantas, han declarado que todo motivo de revisión fáctica requiere,



para su éxito, de la concurrencia de las siguientes exigencias, derivadas de lo dispuesto en los arts. 191.b y 194.3 de la LPL y sintetizadas por la doctrina ( Sentencia de esta Sala de 28.06.05), todo ello siguiendo la jurisprudencia ( STS 21.05.90).

a) Señalamiento preciso de los hechos probados tildados de erróneos o incompletos, que en el supuesto del presente caso se cumple, al que suele añadirse un segundo requisito de orden formal puro, consistente en que se proponga un texto alternativo que sustituya o complete el de la Sentencia recurrida, requisito que igualmente se cumple por parte del recurrente, y que, de todas formas, no constituye un requisito en sentido estricto, pues su incumplimiento no ocasiona el rechazo del motivo ( STCo 230/00).

b) Que exista soporte probatorio documental o pericial; son inhábiles, a estos efectos revisorios, todas las demás probanzas, a excepción de que se trate de hechos notorios o pacíficos. La convicción fáctica judicial de la instancia, en los demás casos, deviene inatacable en virtud del principio de inmediación de la potestad valorativa probatoria del "Iudex a quo", que no es soberana ni excluyente, pero sí muy amplia dados los términos legales antedichos, restrictivos en cuanto a la posibilidad de actuación de este Tribunal Superior en este recurso extraordinario y excepcional.

c) Evidencia del error (o de la insuficiencia) del relato histórico a partir de la probanza anterior, sin que sea menester realizar conjeturas, deducciones o hipótesis más o menos lógicas para mostrar el pretendido error o insuficiencia.

d) Y, por último, trascendencia, utilidad o necesidad de practicar la alteración fáctica propuesta a los fines de modificar el signo del fallo; esto es, que sea precisa la revisión de los hechos probados para poder invertir o alterar el signo del fallo de la Sentencia recurrida, pues, si ésta va a confirmarse, por cuanto no se produce infracción normativa o jurisprudencial ( arts. 191.c y 194.2 LPL) o bien si la Sentencia no precisa de alteración fáctica para ser revocada total o parcialmente, resulta estéril acceder a la revisión de hechos, por más que concurren los anteriores requisitos, salvo que la alteración sea precisa para el supuesto de revisión del criterio de esta Sala por el Tribunal Supremo en un eventual recurso de casación por unificación de doctrina ( STS 25.02.03).

B.- La primera de las propuestas del motivo insta incluir la referencia a determinados preceptos del Convenio Colectivo de la empresa, que son los arts. 1, 7, y 10 a 12. Entiende la Sala que resulta irrelevante (no sólo procesalmente, sino materialmente) incluir el texto íntegro de la propuesta, pues el primero de estos preceptos describe el ámbito del Convenio y los demás aluden a la figura del Capitán como categoría profesional, bastando, a los efectos de sustentar fácticamente la argumentación del recurrente, dejar sentado que, efectivamente y tal como indica, la figura del Capitán está contemplada en los precitados preceptos del Convenio como categoría profesional. Esta inclusión se fundamenta en el propio texto del citado Convenio, aportado a autos por ambas partes, y que evidencia la omisión del Juzgador, siendo relevante a los fines de lo razonado en la jurisprudencia indicada ( STS 23-9-98), pese a no serlo a los fines concretos del sesgo de la presente Sentencia.

En estos términos queda estimada esta primera parte del motivo.

C.- El segundo propone la inclusión de otro hecho probado en el que se refleje parte de los hechos probados de la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de esta Plaza, datada el 9-12-08, en el que se deja sentado que en las elecciones sindicales correspondientes a otro buque de la naviera (el Benchijigua Express) formaron parte del censo electoral tres capitanes e incluso uno de ellos en calidad de miembro de la Mesa, sin que la empresa se opusiera, frente a lo que aconteció en el pleito de la citada Sentencia (las elecciones sindicales en otro buque, el Bocayna Express) en el que la empresa se opuso a la inclusión de los capitanes en el censo, al entender que eran altos directivos.

Esta segunda propuesta no debe ser acogida; aplicando la doctrina anterior, es de ver que la inclusión del hecho anterior (que la Sala ha resumido, como en la propuesta del apartado B anterior, al incluir sólo lo relevante) aunque sea reflejo (sintetizado, como se ha dicho) de los hechos probados de esa Sentencia, no permite derivar la consecuencia que pretende el recurrente, pues la empresa los ha combatido oponiéndose en este extremo a esa Sentencia del Juzgado número 6 (que era irrecurrible pese a lo cual la parte presentó un escrito de oposición, en un inexistente trámite procesal, pero que lo hizo para dejar constancia de su disconformidad con este hecho, escrito cuya finalidad es precisamente esta: evitar la incidencia de ese hecho en litigios posteriores) explicando que esa inclusión se debía a un mero error y que en las elecciones en otros buques no se había cometido. Por tanto, difícilmente podría deducirse que la empresa mantuviera tácitamente criterio favorable a la tesis del demandante (relación laboral común) y la mera necesidad de estas deducciones impiden la acogida de la propuesta, ( STS 2-2-00) que necesita apoyarse en hechos evidenciados documental y directamente, sin "conjeturas, hipótesis o deducciones" ( STS 21-5-90, 23-9-98 o 29-9-04). No hay, así, en el presente caso, conducta patronal contraria a la doctrina de los actos propios ( STS, Sala I, de 20-2-90), como



variante del principio jurídico de la buena fé (hoy positivizado en el art. 7.1 del Código Civil, reforzado en el campo contractual general por el art. 1258 respecto a los contratos en general y, dentro del "ager" laboral, en los arts. 5.a, 54.2.d y, especialmente, 20.2, "in fine" ET), pues no puede afirmarse que la empresa haya reconocido que los Capitanes de sus buques tengan relación laboral común, antes al contrario. Por lo demás, tampoco podría acogerse el hecho a través del efecto positivo de la cosa juzgada material (art. 222 LECv.) por cuanto no consta que las partes litigantes fueran las mismas en uno y otro pleito.

CUARTO.- El segundo motivo, ya de crítica jurídica ( art. 191.c LPL), se corresponde con la primera propuesta revisoria (inclusión de la figura del Capitán como categoría laboral en el Convenio de Empresa) y denuncia infracción de los arts. 1, 7, y 12 D 4 del citado Convenio, en relación con el art. 37.1 de la Constitución y los artículos 82.1 y 85.1 y 2 de Estatuto de los Trabajadores.

El recurrente alega que "con independencia de la doctrina del Tribunal Supremo, y de Tribunales Superiores de Justicia, que en todo caso se refiere a Capitanes de Buque en empresas en las que está regulada convencionalmente la categoría de Capitán, como en la Empresa Fred Olsen S.A. demandada en este procedimiento, las representaciones sociales y empresariales han acordado incluir en su Convenio Colectivo Estatutario, la categoría de Capitán entre el Grupo Profesional 1 y sometido a la movilidad propia de las categorías profesionales, de un contrato de trabajo común y por tanto, excluyen de manera expresa a aquella categoría de la naturaleza de personal de Alta dirección. Se considera en su artículo 12, las categorías de Capitán y Jefe de Máquinas como de libre designación, sin que ello implique en absoluto personal de alta dirección. Sin embargo en su artículo 12.D.4 se regula de manera expresa la revocación en ambas categorías de la designación, y se establece la forma de hacerlo en el propio Convenio obligándose a respetar las remuneraciones que estuvieran pactadas tanto de Capitán como de Jefe de Máquinas en el momento de su cese. La regulación convencional de la movilidad, implica sin duda la evidente naturaleza de contrato laboral común, ya que si fuera de alta dirección habría de estarse a lo fijado en contrato entre las partes ( art. 9 R.D. 1382/1985). Por tanto, no cabe duda de que el Convenio Colectivo, tanto en su artículo 1, que establece el ámbito de aplicación para el personal laboral de contrato de trabajo común, como el artículo 7 que lo enumera como categoría profesional perteneciente a un Grupo profesional, como el art. 12.D.4 del Convenio, que regula su designación, revocación y condiciones económicas de la misma, considera con valor normativo indudable que el Capitán de Buque es una categoría profesional de régimen laboral común y no de alta dirección."

Frente a ello, razona la Sentencia recurrida en uno de sus párrafos que: "Que el Convenio Colectivo de la empresa se aplique también a los capitanes, lo cual es cierto, pero hasta cierto punto, pues es significativo que la de capitán sea precisamente la única categoría cuyas funciones no se describen en el convenio colectivo, y que la empresa en alguna ocasión, de forma tácita, haya considerado a los capitanes como personal ordinario (.....)" Y por ello (para determinar que debe considerarse personal de alta dirección) alza el siguiente argumento: "...no impide considerar al actor como alto cargo, porque la aplicabilidad del Convenio Colectivo no anula el carácter especial de la relación laboral, que viene dada por la especial confianza y responsabilidad del puesto de capitán, y, porque, como se ha señalado, lo que formalmente puedan pactar las partes a este respecto no se puede superponer a la realidad material."

Alega el recurrente que esta afirmación del Juez de instancia no se apoya en ninguna institución del Derecho del Trabajo y que el Convenio Colectivo, al tratar al Capitán como una categoría profesional más, no vulnera ninguno de los límites legales del art. 85.1 ET (normas de Derecho imperativo, condiciones individuales más beneficiosas, contenido social y ámbito personal, según dice). No puede la Sala compartir esta alegación, bastando para ello razonar que toda la tesis del recurrente se sustenta en que el Convenio le dá el carácter de relación laboral común; ello no es así, pues el mero hecho de que la figura del Capitán esté contemplada como categoría profesional en algunos preceptos no significa que, por ello, tenga que ser una relación laboral ordinaria, de igual forma que otros Convenios (de empresa o sectoriales) pueden incluir la categoría laboral de Gerente o Director y no por eso todos los Directores o Gerentes serían trabajadores ordinarios, sino que serían altos directivos si se dan las condiciones legales para ello, y, además, la argumentación del recurrente decae también si se analiza su aplicación a la inversa, pues si el Convenio Colectivo excluyera a una figura así (Director, Gerente) de la relación laboral común, ello no implicaría que necesariamente ese concreto Director o Gerente tuviera que ser alto directivo, pues -se insiste- ello dependerá de la realidad material de cada caso, cuando se den -o no- los requisitos y condiciones legales que determinan la existencia de la relación laboral de alta dirección, como luego se verá con mayor detalle, bastando aquí reseñar la jurisprudencia de la que es muestra la STS 30-4-90.

Por lo demás, tampoco cabe deducir con simpleza que el Convenio trata a la figura del Capitán como una categoría laboral ordinaria más, pues, como bien resalta el Juzgador en el párrafo antes transcrito, esta figura es precisamente la única que no regula el Convenio Colectivo al describir las funciones de cada categoría, lo que constituye una omisión significativa que, de por sí, ya hace caer la base de la argumentación de la





recurrente, pues no existe reconocimiento en el Convenio de la figura del Capitán como categoría laboral en relación laboral común, ni expresamente (que sería lo que, eventualmente, hubiera permitido abrir el debate en los términos que plantea el recurrente) ni tampoco tácitamente, por mera deducción. Súmese a ello el que el apartado D 4 del art. 12 del Convenio (invocado por el recurrente como infringido) precisamente opera de manera contraria a la tesis del recurrente, pues indica que "el Capitán es un cargo de libre designación".

Por último, la Sala asume las alegaciones vertidas al efecto por la representación patronal en su escrito de impugnación del recurso, cuando indica que "el hecho de que el Convenio aluda a la figura del Capitán como categoría no significa que la categoría de Capitán aparezca en el Convenio Colectivo de Empresa resulta irrelevante, toda vez que de ello no se infiere necesariamente, como se pretende de contrario, que la relación laboral sea común y no especial, es decir, no hay Capitanes de primera y de segunda, en función de su exclusión o inclusión en el Convenio Colectivo. A mayor abundamiento, el artículo 7 del Convenio Colectivo, citado de contrario, viene a ser una reproducción del artículo 14 del Laudo Arbitral para el sector de la Marina Mercante (folios 255 a 261), conteniendo ambos la clasificación profesional de la tripulación. El mencionado Laudo viene, a su vez, a sustituir a la Ordenanza Laboral de la Marina Mercante, aprobada por la Orden del Ministerio de Trabajo de 20 de mayo de 1.969 (B.O.E. del 5 de julio), en cuyos artículos 5 y 15 se recoge la clasificación del personal y se define la figura del Capitán respectivamente. En definitiva, el Convenio Colectivo de Empresa reproduce las categorías profesionales existentes en normas anteriores (Ordenanza Laboral) y posteriores (Laudo), lo que no "permite obtener las consecuencias jurídicas" que pretende la contraparte."

El motivo, así, se desestima.

QUINTO.- El postrer motivo del recurso del demandante, igualmente de censura jurídica ( arts. 191.c y 194. LPL), se ciñe a señalar infracción del art. 56.1 ET, motivo tributario del anterior, por lo que debe ser igualmente rechazado, toda vez que el motivo razona que, de ser común la relación laboral, la indemnización que le correspondería al actor sería la que dispone este precepto.

SEXTO.- Como se vé, no contiene el recurso el idóneo motivo de crítica jurídica correspondiente a la cuestión debatida en el primer motivo revisorio, es decir, a la consideración de la relación laboral como común en lugar de especial de alto directivo. Y tal motivo debió plantearse ya que, antes se ha dicho, el verdadero sentido de todo recurso de suplicación es la revisión del Derecho aplicado por la Sentencia pues el recurso de suplicación no es una apelación ( STS 28-6-05), de suerte que los motivos de revisión fáctica sólo tienen un carácter instrumental o accesorio ( STS 6-3-01), que no pueden, por sí solos, alterar el signo del fallo, ( Sentencias de esta Sala de 8-9-05).

Sin embargo, este Tribunal ha declarado profesar doctrina proclive a la tolerancia de defectos formales de este tipo, siguiendo la doctrina constitucional ( STCo. 15/90) cuando tal defecto no constituye una quiebra del principio de igualdad de armas, equilibrio procesal o, como lo llama la jurisprudencia constitucional, "waffengleichheit" ( STCo. 66/89), sin que pueda llegar la Sala a construirle el recurso al recurrente. Tal tolerancia es admisible cuando, aun carente el recurso del motivo concreto de crítica jurídica al que se refiere el correspondiente motivo revisorio, resulta que en éste se contiene cita de preceptos o de jurisprudencia, y eso es lo que acontece en este caso, por lo que en estos casos el motivo revisorio debe considerarse como un motivo mixto, no sólo de esa clase, sino también de crítica jurídica ( arts. 191.c y 194.2 LPL).

Y, abordando el examen de la doctrina al respecto, debe indicar la Sala que no es aquí aplicable el criterio de la STSJ de Canarias, Sala de Las Palmas, de 28-6-05, que sienta que, en los supuestos de promoción desde una relación laboral común a la especial de alto directivo, la ausencia de pacto escrito (en general o relativo a la suspensión o no de la relación laboral común), exigido en el art. 9 del RD 1.382/85 conlleva la reanudación automática de la relación laboral común al extinguirse la especial. Y no es aquí aplicable, al margen de lo que luego se dirá, porque aquí no consta la extinción previa de la relación laboral especial de alta dirección.

Por lo demás, la calificación de esta relación como especial se deriva de la doctrina jurisprudencial, indicando la STS 30-4-90 que ello es así incluso cuando las partes convinieran en atribuirle naturaleza ordinaria (y aquí ni siquiera ello es así). Al efecto, razona la citada doctrina que "el examen de la naturaleza de la relación laboral aludida aboca a la conclusión de que ésta se inserta plenamente en el ámbito de la relación especial del personal de alta dirección, regulada por el Real Decreto 1382/1985, visto que, según su art. 1.2, se entiende como incluidos en este personal a «aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativo a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad». En efecto, como ya expresa la sentencia de esta Sala de 3 de marzo de 1990, «el texto no exige que únicamente merezca tal calificación el alter ego de la Empresa, el titular del puesto-vértice de su estructura piramidal, sino que también comprende a los que, dotados de los correspondientes poderes, asuman altas funciones directivas en



sectores específicos del tráfico empresarial», y no es dudoso que tales funciones (expresivas de una efectiva atribución de poder empresarial de decisión, así sentencias de 15 de julio y 12 de septiembre de 1986) son las que ejerce el Capitán de la Marina Mercante en el buque, considerado como autónomo centro de trabajo ( art. 1.5 del Estatuto de los Trabajadores), con las amplísimas facultades de dirección y representación que le confieren los arts. 610 y siguientes del Código de Comercio, así como las que, en el marco del mando y gobierno del buque le atribuyen los arts. 15 y concordantes de la Ordenanza ya mencionada . Es oportuno añadir, a todo ello, la referencia que el propio art. 90 de la Ordenanza hace a «la naturaleza especial y múltiple de la representación que ostentan y funciones encomendadas a los Capitanes...», el marco de confianza en que se produce la relación entre Capitán y Naviero, y la evidencia de que el resultado de la gestión de aquél mando del buque es factor decisivo para el éxito o fracaso de la Empresa". Que el convenio colectivo de la empresa se aplique también a los capitanes -lo cual es cierto, pero hasta cierto punto, pues es

significativo que la de capitán sea precisamente la única categoría cuyas funciones no se describen en el convenio colectivo-, y que la empresa en alguna ocasión, de forma tácita, haya considerado a los capitanes como personal ordinario, no impide considerar al actor como alto cargo, porque la aplicabilidad del convenio colectivo no anula el carácter especial de la relación laboral, que viene dada por la especial confianza y responsabilidad del puesto de capitán, y, porque, como se ha señalado, lo que formalmente puedan pactar las partes a este respecto no se puede superponer a la realidad material. Tampoco impide considerar al actor personal de alta dirección el hecho de que, al promocionar el mismo al puesto de capitán, no se concertara contrato escrito, pues, a pesar de que el artículo 9 del Real Decreto 1382/1985 establezca que en los supuestos de promoción interna, es decir, cuando un trabajador vinculado a la empresa por una relación laboral común pase a realizar funciones de alta dirección en la misma empresa o en otra del mismo grupo empresarial, la nueva relación se ha de formalizar en un contrato escrito, la jurisprudencia ha establecido que en este contrato el requisito de la forma escrita es ad probationem, no ad solemnitatem, tanto en el supuesto de contratación originaria como en el promoción interna - sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1988 y 14 de febrero de 1990 -, ya que el artículo 4.1, párrafo 2º, del mismo Real Decreto, establece que "en ausencia de pacto escrito, se entenderá que el empleado es personal de alta dirección cuando se den los supuestos del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores y la prestación profesional se corresponda con la que define el artículo 1.2 del presente Real Decreto". La única incidencia que se produce por el hecho de haber accedido al puesto de alta dirección desde una relación laboral ordinaria es la que deriva del artículo 9.3 del Real Decreto 1382/1985: "En caso de simple suspensión de la relación laboral común anterior, al extinguirse la relación laboral especial, el trabajador tendrá opción a reanudar la relación laboral de origen, sin perjuicio de las indemnizaciones a que puede tener derecho a resultas de dicha extinción. Se exceptúa de esta regla el supuesto de la extinción del contrato especial de alta dirección por despido disciplinario"; y, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2008 -recurso 4348/2006 -, en casos en los que, no suscribiéndose contrato

escrito consignando que la relación laboral especial sustituía a la común existente hasta ese momento - como el presente caso-, se ha de entender que la primitiva relación laboral común estaba en suspenso; y que, aplicando los artículos 9.3 y 11 del precitado Real Decreto 1382/1985 "resulta que si se extingue el contrato de trabajo de alta dirección por despido declarado improcedente, estando suspendida la relación laboral común -en el supuesto de que las partes de común acuerdo no opten por la readmisión en la relación laboral de alta dirección-, el trabajador tendrá la opción de reanudar la relación laboral de origen, es decir la relación laboral común. El precepto no concede al trabajador opción entre reanudar la relación laboral común o la extinción del contrato con abono de la pertinente indemnización, sino solamente la posibilidad de reanudar la relación laboral común que hasta ese momento se encontraba suspendida", como muy bien razona la Sentencia, si bien la doctrina no es tan clara en relación a la consideración como alto directivo de otras personas que ejercen mando de nivel inferior en un buque, dependiendo de la concurrencia de los requisitos legales que configuran esta relación especial (en particular, el ejercicio efectivo de poderes) según razonan las STSJ Galicia de 31-5-96 o la STCo. 103/90, decantándose más bien por la tesis negatoria ( STS 11-4-90 o 3-10-00) pero, en todo caso, tal discutibilidad se ciñe a esos otros cargos, pero no al capitán, en cuyo caso la doctrina es clara al efecto ( STSJ Madrid 6-6-96 y la citada STS 30-4-90).

Sobre la afectación que en este punto podría tener la alusión a la categoría laboral de capitán en el Convenio Colectivo, debe la Sala reiterar su razonamiento expuesto al resolver el primer motivo revisorio, en el Fundamento Jurídico IV de la presente Sentencia.

Queda, pues, desestimado el recurso del demandante, sin perjuicio de la alteración fáctica que ha hecho la Sala atendiendo -en parte- al motivo primero, en base a la tan citada doctrina jurisprudencial ( STS 25-2-03).

SÉPTIMO.- Ha lugar, ahora, a abordar el denso y extenso recurso patronal, que se estructura en siete motivos de revisión fáctica y otro de crítica jurídica, recurso que es objeto de impugnación por la representación letrada



del capitán demandante y también recurrente. En su análisis y resolución la Sala tiene a la vista los criterios revisorios, antes expuestos, en el apartado A del precedente Fundamento Jurídico III.

Debe la Sala indicar, desde ahora, que el anunciado fallo revocatorio de la Sentencia no precisaría, incluso, de revisión fáctica alguna, y ello no sólo porque, según la jurisprudencia, el verdadero sentido del recurso de suplicación es la revisión del Derecho aplicado por la Sentencia de instancia ( STS 6-3-01), sino porque este Tribunal entiende que hubo un alto nivel de negligencia por parte del Capitán del barco en el grave accidente acontecido, negligencia que estima en grado suficiente para convalidar la decisión patronal. No obstante, esta conclusión se refuerza por la alteración de algunos hechos probados vía estimación de parte de los motivos revisorios que ahora se pasan a examinar.

OCTAVO.- El primero de ellos insta la adición al hecho probado primero de un párrafo del siguiente tenor literal: "El 25 de febrero de 1999 el demandante fue promovido a la categoría de Capitán en el buque "Bonanza Express", en el que ha navegado desde entonces, sin llegar a suscribirse un contrato especial de alta dirección".

Como bien se alega, tal texto deriva directamente de los documentos obrantes a los folios 216, 217, 307 y 308 y su contenido trasciende al fallo, toda vez que, además de completar el hecho probado primero, viene a poner de manifiesto el alto conocimiento que el actor poseía del buque, por haber navegado ininterrumpidamente en el mismo, desde el momento de su entrega en el puesto de Hobart -Tasmania (1-3-99) hasta el momento del accidente (2-12-08). De ello se infiere que aplicando los criterios antes expuestos, el motivo debe ser acogido.

NOVENO.- El segundo motivo pretende la inclusión en el relato fáctico de la descripción de funciones del Capitán, descripción obtenida del art. 15 del Laudo Arbitral al que antes se hizo referencia.

La Sala, proyectando los criterios anteriores y pese a que hay plena constancia documental de la adición, entiende no debe acogerse el motivo, y no porque tenga un contenido jurídico determinante del fallo ( STS 20-11-02), como alega el demandante, sino porque resulta irrelevante la adición pretendida, siendo de dominio común el alto grado de responsabilidad y - por tanto- de mando, de la figura del Capitán de un buque, hasta el punto de que su autoridad rebasa la dimensión meramente laboral, autoridad que es reflejo de ese alto - especialmente alto- grado de responsabilidad.

DÉCIMO.- El tercer motivo propone la modificación del hecho probado sexto, proponiendo el siguiente texto alternativo:

"El límite de velocidad para los buques, antes de traspasar la bocana del puerto de Los Cristianos, es de 20 nudos. En las aguas interiores del puerto, el límite de velocidad es de 7 nudos, por lo que las embarcaciones tienen que reducir su velocidad hasta ese límite en el momento de atravesar la bocana".

Igualmente, ello se desprende del documento obrante a los folios 456 a 460 y su contenido trasciende al fallo, toda vez que la modificación propuesta resulta fundamental, ya que existe una sensible diferencia entre reducir la velocidad "una vez atravesada la bocana", es decir, dentro del puerto y reducirla antes, para que en el momento de atravesar la bocana la velocidad sea de 7 nudos.

Como bien alega la recurrente, la Sentencia devalúa el exceso de velocidad del buque argumentando que "las naves tienen un margen para reducir su velocidad hasta los 7 nudos una vez traspasada la bocana", margen que no existe, toda vez que en el documento objeto de la revisión, emitido por la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife y que contiene "normas de obligado cumplimiento", se establece que "Dentro de las aguas del puerto, los buques, embarcaciones auxiliares y embarcaciones deportivas navegarán a una velocidad de seguridad tal que le permita ejecutar la maniobra de forma segura y eficaz de acuerdo a las circunstancias y condiciones del momento. En cualquier caso, la velocidad máxima no sobrepasará los 7 nudos en aguas de la zona 1" (interior del puerto).

Por tanto, el motivo debe ser acogido, al cumplirse los requisitos antes expuestos, en especial porque el documento oficial en el que se apoya evidencia la omisión del Juzgador sin necesidad de conjeturas o hipótesis.

DECIMOPRIMERO.- El cuarto motivo insta la adición al octavo hecho probado "ab initio" de un párrafo del siguiente tenor literal:

"En diversas ocasiones el actor ha navegado con el sistema back-up (manual), tanto por avería del sistema automático como en maniobra de adiestramiento".

De nuevo, tal hecho se desprende con nitidez de los documentos obrantes a los folios 303 a 306 y su contenido trasciende al fallo, toda vez que viene a poner de manifiesto el conocimiento por el actor de la navegación en sistema "back-up" (manual), lo que evidencia el grado de error en el que incurrió el día del accidente.



DECIMOSEGUNDO.- El siguiente motivo postula la subsanación de un error material manifiesto, existente en el segundo párrafo del hecho probado decimosexto, proponiendo el siguiente texto:

"El coste de la reparación ascendió a 4.066.347,40 euros, mientras que los costes de indemnizaciones a pasajeros supusieron 50.111,26 euros y la pérdida de beneficios se cuantificó en 984.881 euros".

Y de igual manera tal texto deriva directamente de los documentos obrantes a los folios 468 y 469, debiendo considerarse que la modificación propuesta se realiza al amparo de los arts. 214.3 LECv y 267 y ss LOPJ, entendiéndose la Sala que tal aclaración material puede hacerse en el seno del recurso de suplicación, como motivo de revisión fáctica ( arts. 191 b y 194.3 LPL), que debe ser acogido, por evidenciarse un error (material o no) de los documentos indicados.

DECIMOTERCERO.- El siguiente motivo afecta al hecho probado decimoctavo, proponiendo el siguiente texto alternativo.

"El 12 de diciembre de 2006 el demandante reportó a la Empresa una serie de fallos de los "trim-tabs" del buque "Bonanza Express", al caer uno o dos leds el de estribor, en automático. Esto se podría haber solventado actuando sobre el "clutch block" al mismo tiempo que se actuaba sobre las cucharas en back-up".

"De nuevo, la recurrente ofrece probanza hábil que evidencia la omisión (que no error) judicial, que son los documentos obrantes a los folios 192, 531, 532; su contenido trasciende al fallo, toda vez que el Juzgador en el Fundamento de Derecho quinto (folio 1.451 "in fine") entiende que "no resulta exigible que el demandante ordenara pulsar el botón de clutch-block", además de considerar arriesgada dicha maniobra." Y, además, su trascendencia al fallo obliga a la acogida del motivo

DECIMOCUARTO.- El último motivo revisorio postula la adición de un nuevo hecho probado, que sería el decimonoveno, del siguiente tenor literal:

"El 28 de noviembre de 2005, el buque Bonanza Express al efectuar la maniobra de salida del puerto de La Estaca (El Hierro) colisionó con el muelle. El informe de investigación del accidente exoneró de culpa al ahora demandante".

De nuevo tal texto se desprende directa y nítidamente del documento obrante a los folios 497 a 530 y su contenido trasciende al fallo, toda vez que, como alega la empresa, viene a poner de manifiesto que la Empresa, cada vez que se produce un accidente, procede a efectuar una exhaustiva investigación, al objeto de determinar las causas del mismo. Como luego se verá, y en relación con el accidente que motivó el despido aquí examinado, en el ocurrido el 28 de noviembre de 2005 la Comisión Investigadora concluyó que la causa principal fue el mal tiempo (folio 527). Al efecto, conviene reseñar que en ambas Comisiones son coincidentes tres integrantes (D. Ignacio , D. Mateo y D. Rubén ) de sus cuatro miembros (el cuarto es D. Carlos Ramón ), como se constata en los documentos obrantes a los folios 512 Y 1.340, que poseen una cualificación profesional, singularmente alta a tenor de sus curriculum obrantes a los folios 1.363 a 1.376, lo que ofrece una especial solvencia.

En esta línea, la Sala otorga un muy especial valor al Informe Pericial citado, y ello por dos razones: de un lado, su singular cualificación técnica en una materia tan especializada y difícil de aprehender para los profanos (se está juzgando el grado de negligencia en una maniobra de atraque), ya que la Comisión que elaboró el Informe es plural y se ha basado en informes técnicos externos, ajenos a la empresa, en especial, en el del Capitán Luis Andrés y por los más destacados especialistas no sólo en el funcionamiento del propio buque, sino en las características del Puerto en el que ocurrió el accidente. La comisión se compone por el Sr. Mateo , Titulado Superior Náutico especialidad, máquinas navales e inspector de Seguridad Marítima además de Técnico en Prevención de Riesgos con un largo y sólido "currículum" profesional en materia de seguridad naval (folios 403 a 418); el Sr. Rubén , Capitán de la Marina ( nota final de la carrera: matricula de honor "cum laude") con una alta formación y experiencia ("currículum a los folios 1366 a 1373) y el Sr. Carlos Ramón , Ingeniero Naval e Inspector de Buques ( currículum a los folios 1374 a 1376).

Además, tal informe se encuentra apoyado en otros informes Técnicos incluso más solventes y detallados, especialmente el obrante al folio 419, firmado por el Ingeniero e Inspector electrónico Sr. Ismael , del que destaca la conclusión de que "en modo manual el sistema iba correctamente atrás", (lo que indica que el barco podía perfectamente dar marcha atrás en modo manual) y muy especialmente, que horas antes desde el mediodía, concretamente desde la escala anterior en el mismo Puerto viaje de ida se había detectado esa incidencia y que habló telefónicamente de ello con el Capitán, lo que es extremadamente revelador, en el sentido de que el demandante estaba ya perfectamente informado de la incidencia. Igualmente adquiere aún más especial valor el Informe del Capitán Luis Andrés , que es un Dictamen de singular valor y que constituye el núcleo de la conclusión de la Comisión de Investigación. El citado Capitán es ajeno a la empresa, presta sus





servicios en otro barco gemelo del accidentado (en Inglaterra, según la data del Informe) y ese Informe es de tal claridad que merece ser reproducido pro la Sala en sus exactos términos:

"Informe Pericial del embarrancamiento del HSC "Bonanza Express" (Incat 051) el 2 de diciembre de 2008

Para la redacción de este informe he empleado mis conocimientos y experiencias obtenidos en el buque HSC1 "Manannan" (Incat 050)2 , del que soy capitán en este momento, y que es gemelo del buque "Bonanza Express" (Incat 051).

Además he navegado fundamentalmente en catamaranes de pasaje de alta velocidad desde 1992 y he navegado desde 1995 en ferries con un sistema de gobierno (ups3) similar al del HSC "Bonanza Express" (ver mi OJ adjunto).

Después de mi estancia, los días 21 y 22 de Mayo, en santa Cruz de Tenerife y examinada la información referente al embarrancamiento del buque Bonanza Express el 2 de Diciembre de 2008 (informes del Capitán, Jefe de Máquinas y Primer Oficial de cubierta, el informe. de la Comisión de Investigación, que incluye las declaraciones de las personas involucradas, y escuchado las grabaciones recogidas en la caja negra del buque), he considerado como más significativos los siguientes puntos:

- 1) Lo primero que debo hacer notar son las diferencias existentes en la forma en que las personas involucradas relataron el suceso. Esto me hace pensar que la dirección en el puente de gobierno no estaba compenetrada al 100%, como hubiese sido esperado.
- 2) En la grabación de la llegada del buque a Los Cristianos, no se escucha la orden del Capitán del inicio de la maniobra de atraque, ni tampoco que el Jefe de Máquinas informase de que los trim tabs estaban estibados.
- 3) El buque entró en el puerto perpendicular al dique del muelle, lo que hace difícil abortar la maniobra en caso de surgir algún problema.
- 4) El hecho de que sólo transcurre un minuto desde que se pasa el extremo del muelle (la luz roja) hasta que el barco embarranca, indica que la velocidad fue excesiva durante todo el suceso.
- 5) Si, como indica el informe del Jefe de Máquinas, había problemas en el trim tab de estribor, yo como Capitán, hubiese reducido la velocidad antes de lo que requeriría el procedimiento de maniobra habitual. Además, los indicadores "Flap raised" ("trim tab estibados") del panel del Jefe de Máquinas hubiera sido el primer indicador en ser comprobado después de descubrir que los "buckets"4 no estaban reaccionando a los comandos ejecutados.
- 6) Siempre se debe chequear que aparezca la indicación "Trim tab stowed" ("Trim tab estibados") antes de pasar el control a la estación de maniobra de popa, tanto en el panel del trim tab como en las pequeñas luces verdes que aparecen en el panel de control del Jefe de Máquinas. Esto debería ser confirmado verbalmente, al mismo tiempo que se realiza el procedimiento de transferir el control. Es el momento en el que el Primer Oficial de cubierta cambia el interruptor "station in control" ("estación con control") de "forward station in control" ("control en estación de proa") a "aft station in control" ("control en estación de popa") y el capitán acepta el mando, presionando el botón "accept command" ("mando aceptado") en el panel de la estación de maniobra de popa.

Si los trim tab no han sido estibados, hay tres formas de estibarlos:

- a) En el panel del trim tab, presionar "stow".
- b) Cambiar los trim tab a posición manual ("back up") y estibarlos manualmente
- c) Presionar el . botón "emergency stow" 5 localizado entre las posiciones del Capitán y el Jefe de Máquinas

Si todo lo anterior falla se puede usar el botón "clutch block override" ("inhibición del bloqueo de embrague"), que ignora la señal de posición del trim tab para permitir el movimiento de las cucharas en cualquier situación.

Teniendo en cuenta los puntos anteriores, mi conclusión es que:

- Tres cables antes de llegar a luz roja del muelle, momento en el que se pasa el control a la estación de maniobra de popa, debería haberse comprobado que las cucharas maniobraban atrás, pero no se realizó.
- La razón por la que el barco no pudo dar marcha atrás (cucharas atrás), fue porque no estaban estibados los trim tabs.
- El buque tiene diferentes formas para estibar los trim tabs, pero ninguna de ellas fue ordenada por el Capitán.





- En las condiciones en que se encontraba el buque (fallo del sistema de gobierno de los waterjets de estribor que hizo que se maniobrara en back-up en las maniobras anteriores), la velocidad del buque era demasiado alta, por lo que el tiempo para reaccionar ante cualquier circunstancia adversa fue muy corto.
- No se utilizó alternativa alguna para detener el buque (parada de motores y echar el ancha), ni tampoco se realizó una maniobra de evasión (cambio de rumbo) para evitar el embarrancamiento.
- Al ser el rumbo de entrada en el puerto perpendicular al muelle, limitó considerablemente las posibilidades de realizar una maniobra de evasión.

Douglas (Reino Unido), a 25 de Mayo de 2009.

Capitán Luis Andrés

1 HSC: High Speed Qaft - Buque de Alta Velocidad

2 Incat 051: Buque número 51 construido por el Astillero Incat (Tasmania, Australia)

3 Lips: Empresa holandesa que fabricó los Waterjets (equipos de propulsión y gobierno) del buque

4 Buckets: Cucharas. Pieza del waterjet que genera la marcha atrás

5 "Emergency stow" ("estiba de emergencia") es llamado "f1aps up" en el resumen de la entrevista al Primer Oficial de Cubierta (informe de la Comisión de Investigación punto 5.3. 13° ) Certifico que la traducción que anetcede, y que me ha sido presentado para su verificación, es traducción esencialmetne correcta de la traducción del documento adjunto que está redactado en español. "

De otro lado, el informe destaca por su objetividad, que queda demostrada no sólo porque uno de sus miembros es ajeno a la empresa, sino porque en el accidente anterior que tuvo este mismo capitán aquí demandante, la Comisión determinó que no hubo negligencia, aunque de su detallada lectura parece que acaso pudo haberla (folios 497 a 530), y sobre este informe la naviera no adoptó medida alguna contra él. En cambio, el Informe de esa Comisión de Investigación, en el presente caso, concluyó la existencia de negligencia con la consiguiente responsabilidad del Capitán.

DECIMOQUINTO.- La infracción denunciada en el octavo y último motivo, ya de censura jurídica ( art. 191.c LPL) indica infracción de los arts. 54.1 ET y el 43.3.m del Convenio Colectivo de la empresa, a lo que la Sala debe añadir el necesario examen de la doctrina que analiza, en el despido disciplinario, la culpabilidad y su grado ( STS 4-3-91 y 24-3-88) y la llamada doctrina gradualista ( STS 2-4-92, entre tantas).

A) La Sala, naturalmente, asume plenamente tal doctrina y así lo ha razonado reiteradamente, pues el elemento subjetivo de la culpabilidad insito a todo despido disciplinario ex art. 54.1 ET requiere tal consciencia, aunque la culpabilidad a la que alude el precepto no es la penal, pues aquí no se ejercita un "ius puniendi" público, ni penal ni administrativo, como recuerda la jurisprudencia ordinaria ( STS 13-2-98) y la constitucional ( STCo. 18-3-92), sino una facultad iusprivatista resolutoria del contrato (cuando se decide el despido), por incumplimiento de precepto legal ( art. 54 ET).

Igualmente, la Sala aplica la doctrina gradualista que, común a todo el Derecho sancionador, persigue el equilibrio o proporcionalidad entre la acción (la conducta) y la consecuencia sancionatoria (en el sentido impropio o civil del término).

Muestra de ello es, entre tantas, la Sentencia de esta Sala de 19-6-08 que razonó:

"En efecto, la jurisprudencia ( STS 2-4-92) ha señalado que la sanción misma de despido requiere que concurra suficiente gravedad en la conducta del trabajador debiendo ponderarse las circunstancias concurrentes, según principio de proporcionalidad común a todo el Derecho sancionador, valorando de forma particularizada todos los aspectos subjetivos y objetivos concurrentes, teniendo en cuenta los antecedentes y circunstancias coetáneas que definen la relación laboral como una relación continuada en el tiempo ( SSTS 27 febrero 87, 18 julio 88, y 31 octubre 88; por ello, hechos idénticos pueden ser tratados de forma distinta según las circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes en el mismo ( SSTS 17 noviembre 88 y 30 enero 80. Habiéndose declarado igualmente, en numerosas sentencias, que el enjuiciamiento del despido debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción entre la infracción y la sanción, y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto ( SSTS 28 febrero y 6 abril 90, y 16 mayo 91). Esta teoría gradualista debe ser aplicada atendiendo, por tanto, a circunstancias concretas como antigüedad del trabajador en la empresa, escaso perjuicio económico sufrido por la misma, inexistencia de otras sanciones por el mismo hecho".

B) Para proyectar tal doctrina al caso, se hace preciso recordar algunos datos fácticos del mismo; así, el fallo en la maniobra de ciaboga (la marcha atrás) del Ferry se debió a que no se desplegaron las "cucharas" (las



piezas que invierten el flujo de agua proveniente de las hélices entubadas), lo cual no se debió a fallo mecánico alguno, sino se debió a que los "trim-tabs" (los estabilizadores) no estaban estibados, concurriendo otras circunstancias (decisivas, como ahora se verán) que hubieran evitado el accidente. Este consistió en que el barco acabó varado en la playa causándose cuantiosos gastos (más de 5 millones de euros, que pudieron ser más si hubiera habido marea llena, pues la recuperación del barco hubiera sido más difícil), aparte de la pérdida de imagen de la naviera, el expediente de regulación de empleo de los tripulantes del buque mientras estuvo en reparación y del riesgo de pérdida de vidas si el embarrancamiento del buque hubiera sido de día, estando la playa (en su parte de mar) con los habituales nadadores y bañistas algunos de los cuales quizás no hubieran podido nadar más rápido que el desplazamiento del barco.

C) Abordando el núcleo del recurso, procede seguir la sistemática del motivo del recurso, que comienza alabando la Sentencia por su exhaustividad, lo que refleja el esfuerzo del Juzgador (elogio que la Sala comparte, sin perjuicio de discrepar de su conclusión) y continúa señalando los dos aspectos en los que la naviera recurrente se separa de esa Sentencia, que son, en primer lugar, los errores de apreciación en que incurre el Juzgador en los Fundamentos de Derecho, derivados de la complejidad técnica de los hechos enjuiciados, y, según sigue alegando, la contradicción existente entre el fallo y los hechos declarados probados, coincidentes con el contenido de la carta de despido.

En lo que atañe a la primera cuestión, (errores de apreciación en cuanto a la valoración jurídica de los hechos o sea, en la aplicación a ellos de la doctrina citada) cabe destacar, siguiendo el esquema del recurso patronal.

I) En el hecho 7º del Fundamento de Derecho primero (folio 1.446) se dice que "si bien el acceso en un ángulo más abierto puede proporcionar un ligero mayor margen de maniobra, también es obvio que consume más tiempo", afirmación que se reitera en el Fundamento de Derecho quinto (folio 1.450) al manifestar que "se puede apreciar que el margen de maniobra que proporcionaría un ángulo oblicuo no es en sí particularmente significativo, ni impresiona que hubiera tenido particular incidencia en el siniestro, llevando consigo otros inconvenientes, especialmente en consumo de tiempo y combustible".

Comparte la Sala el razonamiento crítico del recurso frente a la Sentencia, al valorar ésta como ligero y no particularmente significativo el hecho de iniciar la maniobra de arribada a puerto en un ángulo más abierto u oblicuo, toda vez que, a simple vista, (se constata en los documentos obrantes a los folios 324, 325 y 332), que ello hubiera permitido efectuar una maniobra de evasión y retomar el buque a alta mar. Por otra parte, no tienen ninguna incidencia en la ruta del buque las poblaciones de cetáceos, toda vez que la ruta trazada pasa por un punto situado a 3,85 millas (más de siete km.) del puerto de Los Cristianos (hecho probado séptimo), es decir, hay una distancia lo suficientemente amplia como para permitir al Capitán elegir libremente la dirección de entrada al puerto.

En resumen, y como concluye la empresa, resultó factor determinante para el accidente, (juntamente con la velocidad excesiva como luego se dirá), la llegada del buque en perpendicular al muelle.

II) Debe hacerse ahora una crítica a los razonamientos judiciales obrantes en el Fundamento de Derecho primero (folio 1.447) que "Por otro lado, en el documento 21 de la parte demandada - cotejado con la tercera testifical de la empresa - se indica que quedó registrado un aviso en la pantalla del Jefe de Máquinas, indicando que los "trim-tabs" no estaban completamente elevados. La empresa ha insistido mucho en que dicho aviso está acompañado de una alarma sonora, la cual no se escucha en absoluto en toda la grabación de seguridad. Lo único que se escucha es un pitido cuando el primer oficial pasó al capitán el gobierno de la nave de proa a popa - pitido que más parece indicar que el cambio se ha hecho correctamente que una anomalía en el sistema - y, bastante más adelante, una alarma cuando se estaba intentando cambiar el mando de proa a popa y viceversa, que, por el momento en el que sonó, no es seguro que refiera a un problema de sincronización de los mandos sino que podría tratarse de una alarma accionada al acercarse demasiado a la orilla - la citada alarma coincide con los avisos del marinero de estribor respecto a la cercanfa y alcance de la boya -".

Alega la recurrente que "como se desprende del relato fáctico y alega la empresa, estos juicios de valor se desvirtúan por cuanto para efectuarlos el Juzgador tendría que haber estado previamente en el puente de mando del buque y conocer el significado de las distintas alarmas, pitidos, etc. sin perjuicio de ello, alega que el buque tiene diversas alarmas, entre las que no existe ninguna de "aproximación a la orilla" y sí existe una alarma de que los trim-tabs no están estibados, registrándose a la vez la frase "flaps not fully stowed" en la pantalla del ordenador situado en el puente de mando. Esta alarma indicadora de que la máquina no puede dar atrás estando en sistema back-up (manual) no fue atendida, siendo causa fundamental del accidente."

III).- En relación al relato 11 del Fundamento de Derecho primero (folio 1.447) se dice que "resulta, cuando menos, complicado, que estando el barco en plena navegación se realizara una maniobra de marcha atrás", afirmación que se reitera en el Fundamento de Derecho quinto (folio 1.450), al manifestar que "como se ha



indicado en el primero de los Fundamentos de Derecho, es hartamente complicado de verificar con seguridad si la nave está en plena navegación".

La recurrente alega, acaso con exceso de ironía .... que "el comentario precedente viene a poner de manifiesto, una vez más, lo aventurado que resulta realizar comentarios cuando se desconoce el funcionamiento del buque. Probablemente, el Juzgador, por analogía, ha aplicado al buque el funcionamiento de un automóvil, en el que resulta totalmente desaconsejable, con el riesgo en caso contrario de romper la caja de cambios, introducir la marcha atrás cuando se está circulando. Paradójicamente en este tipo de buques es algo que, además de sencillo, resulta habitual, toda vez que la única forma de frenar o de disminuir la velocidad es meter la marcha atrás, cuyo mecanismo es, igualmente, simple, ya que consiste únicamente en desviar el flujo del agua, como se constata en el folio 317, en el que se aprecia que, según la posición de las "cucharas", el buque navegará (empuje avante), estará parado (empuje neutro) o irá marcha atrás (empuje atrás). El funcionamiento de este mecanismo quedó confirmado por D. Damaso, Práctico del puerto de los Cristianos (folios 423 a 426) y antiguo Capitán de Fred. Olsen, S.A., como se recoge en el Fundamento de Derecho primero (hacia la mitad del folio 1.446), quien en su declaración, obrante al folio 1.434, manifestó que "Se frena mediante la inversión del sistema".

Y, en efecto, fácil resulta, así, entender la equivocación la Sentencia pues en la propulsión por chorro de agua (una variante de la clásica) las hélices están entubadas, generando un chorro (jet) concentrado de agua, que dirigido a uno u otro lado, sustituye a los timones, y se frena y/o va atrás sencillamente bajando las "cucharas", o sea colocando una pieza que hace el efecto de inversión del empuje, sustituyendo a la reversa de las hélices en la propulsión clásica.

IV).- Siguiendo con el esquema de la empresa recurrente, en el sexto hecho probado (folio 1.443), cuya modificación ha sido propuesta en el Motivo cuarto, se recoge que "En las aguas interiores del puerto, el límite de velocidad es de 7 nudos, por lo que las embarcaciones tienen que reducir su velocidad hasta ese límite una vez atravesada la bocana" y en el Fundamento de Derecho quinto (folio 1.450) se dice que "si bien el testigo indicó cual es la velocidad máxima en las aguas interiores del puerto, 7 nudos, también admitió que la máxima fuera de la bocana es de hasta 20 nudos, y que las naves tienen un margen para reducir su velocidad hasta los 7 nudos una vez traspasada la bocana, siendo suficiente tan solo 4 segundos para pasar de 11 nudos a 7 si hubiera funcionado correctamente la propulsión en marcha atrás. Es más, ni siquiera consta que la velocidad habitual del buque, al rebasar la bocana del puerto de Los Cristianos, fuera normalmente inferior a 11 nudos".

Frente a ello, la crítica de la recurrente indica que "lo que antecede no es sino una de las varias justificaciones que se realizan a lo largo de la Sentencia ahora impugnada, con la exclusiva finalidad de desvirtuar la gravedad de las infracciones cometidas por el actor y poder llegar a un fallo absolutorio. Resulta necesario resaltar que el mismo testigo, Práctico del puerto, declaró que "Lo importante es que rebasada la luz roja (se refiere a la luz existente en el extremo del muelle) el buque ya esté parado" (folio 1.434 in fine). Igualmente, resulta necesario resaltar que el actor tenía pleno conocimiento de la limitación de velocidad existente, como reconoce en la declaración prestada ante la Comisión Investigadora del accidente (folio 1.382 vuelto). En este sentido, resulta necesario reseñar que toda la documentación manejada por dicha Comisión (folios 534 a 1.425) fue remitida al Ministerio de Fomento (folio 1.200). Resulta obvio que cuando se circula en un automóvil y se divisa una señal de limitación de velocidad, lo que establece el Código de Circulación es reducir la velocidad, de forma que, en el momento de situarse a la altura del panel indicador, la velocidad del vehículo no sobrepase la señalada en el mismo. Por lógica elemental, esto también resulta aplicable a las normas marítimas".

En resumen, comparte la Sala la conclusión pericial de que la velocidad excesiva del buque fue un factor determinante en el embarrancamiento, al reducirse considerablemente el tiempo de reacción para efectuar posibles maniobras alternativas.

V).- En el Fundamento de Derecho quinto (folio 1.450 in fine) se dice que "El trabajo habitual con las mismas personas termina usualmente generando confianza en que los subordinados han cumplido correctamente con sus obligaciones, pues si el superior jerárquico tiene que estar continuamente supervisando el trabajo de los demás e interrogándoles si han cumplido sus tareas, aparte de suspicacias, el trabajo no puede desarrollarse de una manera funcional".

Alega la recurrente que en el mismo Fundamento de Derecho quinto (folio 1.451), el Juzgador relativiza la trascendencia de lo que antecede al manifestar que "Pese a que la demandada, y el perito presentado por la misma, alegan que la causa más "lógica" para que no funcionen las cucharas atrás en el modo manual de navegación es que los "trim-tabs" no están estibados, lo cierto es que la cara del primer testigo de la demandada, al hacersele esta misma pregunta, ya dejó bastante claro que no es esa la única causa de tal fallo mecánico, y ni siquiera tiene por qué ser la más usual, sino que puede haber multitud de factores en un fallo de esa naturaleza, tal y como indicó ese mismo testigo", y que "si bien, la prueba testifical es de libre



apreciación por el Juez, ello no obsta para realizar las siguientes matizaciones: El testigo era D. Damaso , como ya ha sido dicho, Práctico del puerto de Los Cristianos, en cuya declaración, recogida al folio 1.434, lo primero que manifiesta es que "Si navegando en manual no entra la marcha atrás puede ser que no estén estibados los estabilizadores" (trim-tabs), para añadir después que "pueden ser causas hidráulicas y de otro tipo". Evidentemente, si un mecanismo no funciona puede deberse a diversas causas, ahora bien, la lógica indica que la comprobación debe iniciarse por lo más elemental y en el tema que nos ocupa, ello era la estiba de los trim-tabs y no una avería hidráulica, como erróneamente pensó el Capitán. En cualquier caso, existe un Manual de Instrucciones (folios 273 a 302), que los Capitanes conocen. Continuando con el símil automovilístico y como se dijo en la vista oral para facilitar la comprensión del Juzgador, resulta imposible meter la marcha atrás si previamente no se ha pisado el embrague. En este buque, cuando se navega en sistema back-up (manual), los trim-tabs son la pieza equivalente al embrague en el automóvil.

La Sala, igualmente comparte tal crítica.

VI).- En el quinto Fundamento de Derecho (folio 1.451) se dice que "No constituye negligencia grave que el demandante, en el momento de iniciar la maniobra de entrada en el puerto de Los Cristianos, no cantara "iniciamos reviro". De hecho, ni siquiera en este aspecto se puede entender producido un incumplimiento por parte del Capitán, porque, salvo que la citada frase - que es cierto que ese mismo día pronunció el demandante en precedentes maniobras de atraque - se trate de una forma sacramental o mágica sin la cual las personas y sistemas involucrados en la maniobra de ciaboga no pudieran realizar sus funciones, no se puede presumir que el resto de la tripulación fuera tan imbécil o incompetente ...".

Alega la empresa, en contraposición a ello, que "el Capitán es quien dirige, coordina y controla todas las actividades que se realizan a bordo (Motivo segundo del presente escrito y cuarto hecho probado); que en comparecencia efectuada ante la Comisión Investigadora del accidente, el actor declaró (folios 1.378 vuelto y 1.381 vuelto) que: La orden de reviro la da el Capitán. La orden para estibar los trim-tabs es iniciar reviro. Siempre dice iniciamos reviro; y que, en este tipo de maniobra, por inercia mental, se produce una respuesta automática o mecánica por parte del Jefe de Máquinas y del Primer Oficial, una vez oída la orden dada por el Capitán. Tan es así, que ninguno de los tres comprobó la situación de los trim-tabs, sino que dieron por hecho que estaban estibados."

Sin embargo, la Sala, en este caso, no comparte la conclusión patronal según la cual la omisión de la frase "iniciamos reviro" indujo a una cadena de errores que provocó el embarrancamiento del buque; y ello porque pese a ello pues resulta obvio cuando se inicia la maniobra, estando todos en el puente (o en cualquier otra parte del barco, incluso en el interior, aún sin ver las luces del puerto). Fácil es percibir que el barco aminora la marcha hasta casi detenerse y comienza la maniobra de viraje con lo que la omisión de la frase es irrelevante para toda la tripulación y más para los que están en el puente o en cubierta, que ven el muelle próximo y conocen perfectamente que el barco se dispone a dar marcha atrás girando (el reviro).

VII).- Tampoco comparte la Sala el alegato que hace la empresa recurrente sobre el razonamiento en el Fundamento de Derecho quinto (folio 1.451 in fine) que reza: "no resulta exigible que el demandante ordenara pulsar el botón de "clutch-block" - lo cual tiene también bastantes riesgos, según indicó el primer testigo de la demandada".

Alega el recurrente que "desconocemos a qué riesgos se refiere el Juzgador, toda vez que en el acta de vista (folio 1.434 in fine) se recoge que el testigo, el reiteradamente mencionado Práctico del puerto, dijo que "accionando el clutch-block el flujo cambia sin necesidad de activarlos, pero tiene que estar seguro de que es eso". Con independencia del críptico significado de la segunda mitad de la frase, el riesgo no debe ser tal, cuando el propio actor aconseja su utilización (folios 192, 531 y 532), y como tal aparece reflejado en el hecho probado decimoquinto", Sin embargo la Sala no vé en ello incidencia especial en el accidente.

VIII).- Siguiendo con el esquema ofrecido por la empresa recurrente, en el hecho décimo se declara probado que "Los mandos no se pusieron inmediatamente en posición sincronizada con las cucharas" y en el Fundamento de Derecho quinto (folio 1.452) se dice que "Hubo un error motivado por la precipitación del momento, probablemente", para añadir a continuación "pero es contradictorio que la empresa impute al Capitán no ordenar tal sincronización y al Jefe de Máquinas y al Primer Oficial no efectuar la misma por su cuenta: o se trataba de una acción que iba ínsita en la orden de pasar los controles de proa a popa - que es lo más probable -, o se trataba de algo que forzosamente tenra que ordenar el Capitán de forma expresa, supuesto poco verosímil y que, como se ha dicho, contradice la demandada al imputar a los otros oficiales no realizar la sincronización" y concluir que "Esto impide considerar que hubiera negligencia por parte del actor en la falta de sincronización de la cucharas y los mandos".

Frente a ello, alega la empresa que "sin perjuicio de que lo que antecede es una argumentación construida "ad hoc" por el Juzgador, para justificar la enésima exoneración de responsabilidad del actor, su contenido





es fácilmente rebatible, habida cuenta que aunque existiera una culpa compartida del Capitán con el Jefe de Máquinas y el Primer Oficial, la responsabilidad última es del actor, de conformidad con lo expuesto en el Motivo segundo del presente escrito y en el cuarto hecho probado," alegación que la Sala ha de compartir.

IX).- En el Fundamento de Derecho quinto (folio 1.452) se dice que "la parada de los motores, como se indica en el punto 15° de la carta de despido, se produjo cuando el barco estaba ya embarrancado; seguramente hubiera sido más prudente detenerlo en cuanto se detectó el problema con las cucharas, pero lo cierto es que la propia inercia del barco podría haberlo llevado igualmente contra la costa, pese a tener detenidos los motores de avance, porque no cabe esperar una parada inmediata tras detenerse los motores; a la hora de detener el barco, lo más eficaz hubiera sido la retropropulsión, pero ello exigía seguir maniobrando, con los motores en marcha, hasta conseguir que la misma funcionara; sólo al comenzar el casco a rozar con el fondo resultaba inútil que los motores siguieran encendidos".

Como bien contraargumenta la naviera recurrente, en el párrafo reproducido se obvia un hecho: la excesiva velocidad del buque al entrar en el puerto, a la que se resta importancia en el Fundamento de Derecho quinto "ab initio" (folio 1.450), a pesar de resultar obvio que a mayor velocidad se necesita mayor espacio de frenada. Y, además alega la recurrente, con razón, que la Sentencia "realiza una presunción, al considerar que la propia inercia del barco lo llevaría igualmente a la costa, afirmación en la que se desconoce que este tipo de buques están diseñados para alta velocidad, por lo que están contruidos con aluminio, lo que los hace mucho más ligeros que los buques convencionales, siendo su inercia también mucho menor, incurre en error técnico, al no diferenciar entre motores en marcha (propulsión en avance) y motores desacoplados o desembragados (en punto muerto), es decir, siguiendo con el razonamiento judicial de intentar que funcionara la retropropulsión, lo indicado hubiera sido, no apagar los motores, sino dejarlos encendidos, pero en punto muerto."

X).- En el Fundamento de Derecho quinto "in fine" (folio 1.452) se dice que "Impresiona que fondear con el barco en marcha sólo puede hacerse sin peligro si la velocidad del mismo es mínima, pues si es elevada tal maniobra resulta peligrosa e incluso inútil, por la propia inercia de la nave".

Como bien alega la recurrente, ha de repetirse lo ya dicho con respecto a la reducida inercia del barco y que cualquier maniobra, incluida la de echar el ancla (fondear), representa menos riesgo que el embarrancamiento, como bien indican los Informes Técnicos antes reproducidos.

D) Y, conforme con el orden sistemático del recurso, en la actuación del actor hay que distinguir entre infracciones y errores.

1.- Son infracciones del Capitán:

a) Del Manual del Sistema de Gestión de la Seguridad del buque (primera imputación de la carta de despido), que establece que "Se comprobará el Sistema de Gobierno y sus elementos para tener la certeza de su correcto funcionamiento antes de la llegada" (quinto hecho probado). El Capitán no sólo no comprobó el día del accidente el funcionamiento de la marcha atrás (hecho probado decimoprimer), sino que, a diferencia de otros Capitanes, habitualmente tampoco lo hacía, como declaró el Primer Oficial a la Comisión Investigadora del accidente (folio 1.392).

b) De las Normas para la Aproximación, Ordenación y Control del Tráfico Marítimo, dictadas por la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife (segunda imputación de la carta de despido), que establecen que en el interior del puerto de Los Cristianos la velocidad máxima permitida es de 7 nudos (sexto hecho probado y Motivo tercero). El buque penetró en el puerto a una velocidad de 11,1 nudos (hecho probado décimo), infracción que se ve agravada por el hecho de que la navegación se efectuaba no en automático, sino en back-up (manual).

2.- Son errores del Capitán:

a.-) Penetrar en el puerto en perpendicular al muelle (tercera imputación de la carta de despido). Como ya ha sido dicho, este rumbo, unido a la excesiva velocidad, imposibilitaron totalmente una maniobra de evasión, que hubiera permitido la salida del buque a alta mar.

b.-) No preguntó al Primer Oficial si había cumplimentado correctamente el check-list de llegada (cuarta imputación de la carta de despido), lo que hubiera permitido constatar que se había cumplimentado de forma mecánica y en consecuencia, detectar que erróneamente aparecía recogido en el mismo que los trim-tabs estaban estibados, cuando en realidad no lo estaban (hecho probados quinto in fine y decimoquinto).

3.- Cuando comprobó que las cucharas no iban atrás no reparó que al navegar en back-up lo más probable es que los trim-tabs no estuvieran estibados y sin confirmarlo con el Jefe Máquinas y el Primer Oficial, dio por hecho que estaban estibados (imputaciones séptima y octava de la carta de despido). En el hecho probado quinto in fine aparece recogido que en maniobra se comprobará que están estibados los trim-tabs de babor y





estribor y en el hecho probado decimoquinto aparece resetiado, como causa que impedía el funcionamiento de la marcha atrás, la no estiba de los trim-tabs.

4.- No se le ocurrió, en una situación tan conflictiva, presionar el botón de clutch-block, lo que hubiera solventado el problema (imputación novena de la carta de despido), solución que, sin embargo, indicaba en su informe del 12 de diciembre de 2006 (folios 192, 531 Y 532). En el ya mencionado hecho probado decimoquinto se recoge que la marcha atrás hubiera entrado en funcionamiento presionando el botón clutch-block.

5.- Cuando pasó el puesto de mando de popa a proa y viceversa, no sincronizó los mandos con las cucharas, por lo que resultaba imposible que en back-up entrara en funcionamiento la marcha atrás (imputaciones 10, 11, 12 Y 14 de la carta de despido). Lo que antecede aparece acreditado en el décimo hecho probado, en el que textualmente se dice que "Los mandos no se pusieron inmediatamente en posición sincronizada con las cucharas".

6.- Al comprobar que las cucharas no iban atrás en back-up (manual), no se le ocurrió probar en automático, lo que le hubiera devuelto el control de la marcha atrás (imputación 13 de la carta de despido). Lo que antecede aparece acreditado en el hecho probado decimocuarto, que viene a contradecir totalmente la argumentación realizada por el Juzgador hacia la mitad del folio 1.452 (El punto número 13° ...).

7.- No mandó parar los motores, lo que se hizo a instancia del Jefe de Máquinas (folio 344), una vez que el barco había embarrancado (imputación 15 de la carta de despido). Este extremo aparece acreditado en el hecho probado décimo in fine.

8.- Dio la orden de fondeo demasiado tarde (imputación 16 de la carta de despido). La orden de fondo aparece recogida en el hecho probado décimo in fine y lo tardío de la misma se constata en el folio 323, en el que se aprecia que el ancla aparece en lo alto de la proa del buque.

9.- Ante una situación tan complicada, no tenía pensada ni buscó una solución alternativa, sino que se empeñó de forma reiterada en maniobras erróneas (imputación 17 de la carta de despido). En el apartado 10° del hecho cuarto de la demanda (folio 4 in fine) se reconoce que "el Capitán no detectó el origen del fallo en ningún momento del incidente", a pesar de que el mismo era de una obviedad lógica, la no estibación de los trim-tabs.

E) La concurrencia entre el análisis de la recurrente y el criterio de la Sala se fundamenta sobre todo, en la probanza pericial (que ha permitido alterar el relato fáctico y que influye decisivamente en la valoración del nivel de negligencia del capitán demandante) obrante a los (folios 427 a 429), que prácticamente ha sido ignorado en la Sentencia recurrida, a pesar de que fue ratificado en la vista oral y de que su autor, Capitán Luis Andrés, junto con el del Ingeniero Electrónico Don, Ismael (técnicos altamente cualificados ajenos a la empresa) constituyen el núcleo de las conclusiones de la Comisión de Investigación, (de alta solvencia técnica y objetividad probada, aunque este vinculada a la empresa como se evidenció en su Informe favorable a este mismo Capitán en el anterior accidente grave, antes citado).

Al efecto, debe la Sala dar por reiterados sus razonamientos obrantes a los párrafos finales del Fundamento Jurídico Decimosexto de la presente Sentencia, párrafos que reflejan el criterio de ese Tribunal, en una materia tan técnica como la aquí ventilada.

Y, se reitera, habiéndose producido el embarrancamiento de un buque de transporte público, cuyo siniestro ha sido evaluado en 5.101.939,71 euros, más de ochocientos millones de las antiguas pesetas (hecho probado decimosexto), no cabe exonerar de grave culpa (imprudencia o negligencia inexcusables) al Capitán, a pesar de reconocerse la existencia de significativos errores e incumplimientos en el apartado de hechos declarados probados que son, inadecuadamente excusados en la Fundamentación Jurídica de la Sentencia.

Y, así, la Sala concluye que la actuación del Capitán está incurso en el artículo 43.3.m del Convenio Colectivo de Fred. Olsen, S.A. y su Personal de Flota y en consecuencia, resulta proporcionada a las infracciones cometidas y por tanto, ajustada a Derecho la sanción de despido.

En conclusión y muy resumidamente, la causa del accidente no residió en una avería mecánica, sino en no haber previsto que la marcha atrás no podía funcionar (previsión que debió y pudo hacer el Capitán) y, aún obviando esto, el Capitán debió y pudo, por varias vías, evitar las consecuencias. Y, así, aunque la causa inmediata del accidente fue el no funcionamiento de la marcha atrás (el cual se debió a que los trim-tabs no estaban completamente estibados), concurren las siguientes circunstancias, unas de carácter preventivo, que hubieran permitido prever el no funcionamiento de la marcha atrás y otras de carácter resolutivo, que hubieran evitado la varada del barco. En primer lugar, que el capitán debió prever tal incidencia y no hizo caso a los avisos en tal sentido; en segundo lugar, aún cuando se hubiera debido a un fallo mecánico, el capitán pudo haberlo previsto si hubiera seguido el "protocolo" o secuencia de actuaciones que estaba obligado a seguir; en tercer lugar, porque influyó en el mismo, decisivamente, la alta velocidad de entrada en Puerto, superior



a la máxima permitida por la Autoridad Portuaria; en cuarto lugar, porque no evitó el resultado del accidente mediante el procedimiento de salir avante a mar abierto, lo que no podía hacer porque realizó la aproximación en un ángulo demasiado cerrado; y, en quinto lugar, porque tampoco evitó la varada soltando el ancla.

Por último, y concretamente sobre la especial responsabilidad que debe atribuirse a un capitán de buque, deben citarse las STSJ de Galicia de 27-7-02 ("le es exigible la máxima diligencia en el cumplimiento de sus funciones") y de 23-10-03.

Y como ya indicara este Tribunal en el prefacio de la presente Sentencia, aún dejando intacto el relato fáctico (desestimando los motivos revisorios), de él se desprende con suficiente claridad la conducta altamente negligente del capitán al no haber puesto la debida diligencia no sólo en preveer que al dar atrás al barco, las "cucharas" no iban a bajar inmediatamente (y el barco quedar sin esa marcha) sino al entrar en Puerto a superior velocidad de la permitida y con un ángulo inadecuado para la maniobra de evarion, previsible al constar ya la incidencia y, además, al no utilizar los varios mecanismos de los que disponía para evitar el embarrancamiento de Ferry, puesto que el núcleo de la discrepancia entre esta Sala y el Juez de instancia reside en la valoración de los hechos probados, tal y como lo hace la Sentencia recurrida al excusar la conducta del capitán mediante razonamientos que no se comparten.

Procede en consecuencia, estimar el motivo y, con él, el recurso.

### FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación, interpuesto por FRED OLSEN S.A. y desestimar el recurso interpuesto por Rogelio contra la sentencia del Juzgado de lo Social de referencia de fecha 16 de Junio de 2009, en virtud de demanda interpuesta por Rogelio contra FRED OLSEN S.A. en reclamación de DESPIDO y en consecuencia debemos revocar y revocamos la Sentencia de instancia desestimando la demanda declarando procedente el despido y absolviendo a la demandada de la reclamación instada en su contra.

Devuélvanse los autos originales al JDO. DE LO SOCIAL N. 5 de SANTA CRUZ DE TENERIFE, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes y con advertencia a las mismas de que contra la presente Resolución podrá interponer sólo Recurso de Casación para Unificación de Doctrina, que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 219, 227 y 228 de la Ley Procesal Laboral, advirtiéndose, en relación con los dos últimos preceptos citados, que el depósito de los 300,51 euros (50.000 ptas.) deberá efectuarse ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse en ella y en su cuenta nº 2410 del Banco Español de Crédito, Oficina 1006 de la calle Barquillo nº 49, 28004 de Madrid, por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, mientras que la consignación del importe de la condena deberá acreditarse, cuando proceda, por el recurrente que no goce del beneficio de justicia gratuita ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la c/c nº 3777 que esta Sala tiene abierta en el Banco Español de Crédito, Oficina 1101, de la calle Villalba Hervás, 12, 38002 de Sta. Cruz de Tenerife, haciendo constar el código nº 66 (Recursos de Casación Laboral) y a continuación número y año del rollo de suplicación, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista.

Así por esta nuestra Sentencia, que es firme, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior Sentencia, por el Ilmo/a. Sr/a Magistrado/a Ponente, que la suscribe en el Sala de Audiencia de este Tribunal. Se envía testimonio a la Fiscalía, en unión del correspondiente oficio de remisión, librándose otro para su unión al rollo de su razón, incorporándose el original al Libro de Sentencias, conforme previene el art. 266 de la L.O.P.J. Doy fe.