



Roj: **SAP PO 825/2017 - ECLI:ES:APPO:2017:825**

Id Cendoj: **36038370012017100187**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **20/04/2017**

Nº de Recurso: **877/2016**

Nº de Resolución: **175/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP PO 825/2017,**
STS 777/2020

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00175/2017

N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

-

Tfno.: 986805108 Fax: 986803962

MC

N.I.G. 36038 47 1 2015 0000502

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000877 /2016

Juzgado de procedencia: XDO. DO MERCANTIL N. 1 de PONTEVEDRA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000320 /2015

Recurrente: PESQUERA CARMAR SL

Procurador: MARIA SUSANA TOMAS ABAL

Abogado: LORENZO JULIO VELAYOS REAL

Recurrido: AXA SEGUROS GENERALES

Procurador: MARGARITA PEREIRA RODRIGUEZ

Abogado: ALBERTO PENELAS ALVAREZ

**LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS
MAGISTRADOS**

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D. JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY



LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM. 175

En Pontevedra a veinte de abril de dos mil diecisiete.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ordinario núm. 320/15, procedentes del Juzgado Mercantil núm. 1 de Pontevedra, a los que ha correspondido el Rollo núm. 877/16, en los que aparece como parte apelante-demandante: PESQUERA CARMAR SL, representado por el Procurador D. MARIA SUSANA TOMAS ABAL, y asistido por el Letrado D. LORENZO JULIO VELAYOS REAL, y como parte apelado-demandado: AXA SEGUROS GENERALES, representado por el Procurador D. MARGARITA PEREIRA RODRIGUEZ, y asistido por el Letrado D. ALBERTO PENELAS ALVAREZ, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. **D. JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Mercantil núm. 1 de Pontevedra, con fecha 26 septiembre 2016, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que desestimando como desestimo la demanda presentada por la PROCURADORA SRA. TOMAS ABAL en nombre y representación de la entidad PESQUERA CARMAR SL, frente a la entidad AXA SEGUROS GENERALES SA representada por la Procuradora Sra. PEREIRA debo absolver y absuelvo a esta compañía de los pedimentos contra ella deducidos.

Serán de cargo de la demandante las costas causadas."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por Pesquera Carmar SL, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- *Introducción.*

1.El litigio versa sobre la reclamación por parte del asegurado de las indemnizaciones pactadas en un contrato de seguro por el hundimiento del buque " *Rías Baixas Un* ", propiedad de la actora, Pesquera Carmar, S.L. Como se verá, el litigio en primera instancia ha ido dirigido principalmente a determinar la concurrencia de diversas circunstancias que, según el contrato, generarían la exención de responsabilidad de la aseguradora demandada, Axa Seguros Generales, S.A.

2.Según la tesis demandante, el buque palangrero " *Rías Baixas Un* " se hundió por causas desconocidas, mientras realizaba una campaña de pesca el día 18.10.12, en aguas internacionales, en un punto a 500 millas de la costa de Cabo Verde; el siniestro se encontraba cubierto por dos pólizas concertadas con la demandada el día 28.8.12, que aseguraban, respectivamente, el casco y la pesca que se encontraba a bordo. La reclamación lo era por el importe máximo de las sumas aseguradas: 1.617.000 euros por el buque y 200.000 por la pesca. Se daba la circunstancia de que el seguro de cascos se había visto novado un año después de su suscripción aumentándose el valor del buque asegurado. La reclamación final corregía diversos valores, -principalmente se deducía el importe de la prima anual no abonada todavía-, y ascendía a la suma de 1.775.838,70 euros.

3.La representación de Axa se opuso a la demanda, solicitando su íntegra desestimación. La contestación esgrimía, en primer término, el carácter fraudulento de la reclamación, al afirmarse que el hundimiento del buque había sido deliberadamente causado. En segundo lugar, la contestación a la demanda desarrollaba extensamente la argumentación sobre la concurrencia de diversas circunstancias de exclusión de la obligación del asegurador de pagar la indemnización, según constaba en las condiciones generales y particulares de los seguros. En esencia se sostenía que el buque incumplía la exigencia de encontrarse en condiciones de navegabilidad en el momento del hundimiento. Las irregularidades que presentaba en el momento de hacerse a la mar, según la aseguradora, eran las siguientes: a) el despacho del buque se encontraba caducado; b) el patrón carecía de la titulación necesaria; c) se incumplieron las normas sobre tripulación mínima de seguridad; d) la aseguradora ofreció a la compañía de seguros información falsa sobre las circunstancias del siniestro.

4.En relación con la pretensión de condena al pago de la indemnización por la pérdida de la pesca, la aseguradora denuncia diversas irregularidades en la reclamación.



5.Cada parte aportó al proceso una abundante documental en apoyo de sus pretensiones. Cabe destacar en este lugar los informes periciales emitidos por CNV Naval Architects, por parte de la actora, y los de Comismar y Global Risk, por parte de Axa. En el acto del juicio declararon el representante legal de la entidad demandante, diversos testigos a propuesta de ambas partes, y los peritos autores de los dictámenes. En segunda instancia se unió como documental una resolución de la Administración que puso fin en la vía administrativa al expediente sancionador incoado a la empresa armadora.

SEGUNDO.- *La sentencia de primera instancia.*

6.La sentencia objeto de recurso desestimó íntegramente la demanda. Tras el resumen de las posiciones de los litigantes y determinar la norma aplicable, la sentencia descarta que el siniestro hubiera sido dolosa o voluntariamente causado por el asegurado, al encontrar tan solo insinuaciones o indicios insuficientes en las razones esgrimidas por la aseguradora.

7.El argumento esencial de la sentencia para desestimar la reclamación, -que se desarrolla a partir de su fundamento jurídico quinto-, se refiere al incumplimiento de las condiciones de navegabilidad del buque, como causa de exclusión de responsabilidad del asegurador según lo previsto en el art. 5, e) de las condiciones generales, que la sentencia califica como causas de delimitación del riesgo, excluyentes de la exigencia de incorporación del art. 3 LCS . La sentencia aprecia las tres deficiencias que denunciaba la demandada, invocando como elemento de prueba esencial un expediente sancionador incoado por la autoridad **marítima**: a) la caducidad del despacho; b) la titulación inadecuada de la tripulación; y c) el incumplimiento de las condiciones mínimas de seguridad de la tripulación.

TERCERO.- *El recurso de apelación formulado por la representación de Pesquera Carmar, S.L.*

8.El recurso se estructura sobre la base de cinco motivos o argumentos, bajo la imputación general de que la sentencia ha errado tanto en el proceso de aplicación del derecho como en la valoración de la prueba.

9.En primer lugar, el recurrente sostiene que las condiciones generales aportadas por la aseguradora no fueron conocidas por el asegurado, de modo que no llegaron a incorporarse al contrato. En la tesis demandante, los seguros de casco y pesca se hallaban regulados de forma completa por las cláusulas incluidas en las respectivas pólizas, que a su vez remitían a las cláusulas inglesas *Institute Fishing Vessel Clauses*, sin que en ningún momento se le facilitaran a la asegurada las condiciones generales y particulares aportadas por la demandada. Se añade que, en todo caso, las cláusulas en cuestión deben interpretarse como limitativas de los derechos del asegurado, por lo que entrarían en juego las exigencias de incorporación del art. 3 LCS .

10.En relación con la caducidad del despacho, el recurso ilustra sobre el significado del despacho como requisito de navegabilidad del buque y sostiene que la sentencia ha valorado de forma errónea la documental, pues en ella constaba el despacho de salida en vigor emitido por la autoridad **marítima** de Cabo Verde, única competente para verificar las correspondientes circunstancias que certifica el documento.

11.El motivo tercero se refiere al cumplimiento de las irregularidades que la sentencia denuncia respecto de la titulación de la tripulación y sobre el cumplimiento de las normas mínimas de seguridad. Tras incidir en el carácter meramente administrativo del expediente sancionador, -y de su resolución, todavía no firme-, el recurso argumenta extensamente sobre el cumplimiento de las normas administrativas aplicables al caso, que serían las correspondientes a la legislación caboverdiana. El buque, en la tesis apelante, cumplía también las normas sobre tripulación mínima, y se defiende el hecho de que el primer patrón viajaba a bordo en el momento del siniestro.

12.El expositivo cuarto del recurso incide en el carácter accidental del hundimiento y, finalmente, el último motivo se refiere a la validez del certificado de pesca a bordo del buque, y denuncia la omisión de pronunciamiento de la sentencia respecto de este componente de la reclamación.

CUARTO.- *Valoración de la Sala.*

13.Como hemos tenido ocasión de recordar en resoluciones anteriores, (sentencia de 525/156, de 14.11, o la 304/15, de 15.9 , entre otras), dictadas respecto de supuestos de hecho anteriores a la vigencia de la **Ley de Navegación Marítima** (Ley 14/2014, de 24 de julio, LNM en adelante), era doctrina reiterada de la sala primera del Tribunal Supremo (cfr. SSTS 22 de abril de 1991 y las de 29 de junio y 23 de julio de 1998), la de que el contrato de seguro por riesgos marítimos se rige por los arts. 737 a 805 del Código de Comercio , tal como establece, además, el art. 2 de la LCS , de manera que el principio de la autonomía de la voluntad aparece como la principal fuente de las obligaciones de las partes, en línea con lo establecido en el art. 1255 del Código Civil y en el art. 738 del Código de Comercio . Recordamos también que esta doctrina se vio matizada en otras resoluciones, pero manteniéndose como criterio interpretativo general el de que la LCS operará siempre en defecto de pacto, como regulación subsidiaria (STS 2.12.1997 , entre otras; ello, insistimos, de forma muy



matizada, como puede verse, por ejemplo en la sentencia del TS que fijó criterio sobre la posible aplicación al seguro marítimo tanto del art. 20 LCS , - STS 1224/2009, de 12.1), matizaciones que se explican, en buena medida, sobre la base de la experiencia general de que, en nuestros días, la igualdad que se presuponía a las partes del contrato, (en ocasiones, incluso, invertida ante el potencial de las empresas marítimas) se ha alterado notablemente, salvo excepciones, recuperando las aseguradoras el papel de parte más fuerte de la relación jurídica, frente el empresario asegurado. El supuesto objeto de litigio es paradigmático en este sentido, al enfrentarse una pequeña empresa pesquera frente a un grupo asegurador. Este criterio de la prelación normativa se recoge ahora de forma expresa en el art. 406.1 del nuevo texto legal, con la excepción del caso de las embarcaciones de recreo; adelantamos en este lugar que, aunque la **Ley de Navegación Marítima** no resulta de aplicación al caso por razones temporales, sus preceptos constituirán un valioso elemento de interpretación.

QUINTO.- Valoración del Tribunal. Las condiciones generales del contrato y su conocimiento por el asegurado.

14. Como otras veces sucede en litigios de seguros, el primer aspecto de la controversia se refiere a la normativa aplicable al contrato, lo que no deja de resultar llamativo, tanto más en contratos de elevado valor económico. Compartimos los razonamientos del recurrente cuando alude a las fuentes normativas del seguro marítimo: disposiciones imperativas, autonomía de la voluntad, y carácter supletorio de las normas de la LCS, al no resultar aplicable la LNM. A partir de aquí la discrepancia surge por el hecho de que la parte demandante considera que las condiciones generales del contrato, aportadas por la aseguradora con su escrito de contestación, y esgrimidas como uno de los fundamentos esenciales de la tesis defensiva, no llegaron a formar parte del contrato porque el asegurado nunca las conoció.

15. El actor aportaba con su demanda, folios 43 y ss., unas condiciones particulares, y su posterior novación para la siguiente anualidad. Igualmente aportaba las condiciones particulares del contrato de seguro de pesca a bordo (folios 54 y ss.); por su parte, la aseguradora aportó con la contestación unas condiciones generales de un seguro de grandes riesgos (doc.1), así como unas condiciones generales de un seguro de transporte de mercancías; en ambos casos se trata de documentos propios de la aseguradora en los que no consta la referencia al seguro concreto objeto de litigio.

16. Es criterio jurisprudencial conocido (cfr. SSTS 22.1.99 y 279/2007 , de 5.3) el de la prevalencia de las condiciones particulares del contrato de seguro sobre las condiciones generales. Las pólizas aportadas con la demanda incluían las respectivas condiciones particulares, cuya preferencia también se mencionaba de forma expresa (vid. ad. ex. folio 43, vuelto). Las condiciones particulares, -como se desprende de su propia denominación-, lo eran por la existencia de unas generales a las que se remitía la póliza, que a su vez integraba su contenido por la remisión a las " *Institute Fishing Vessel Clauses* ", en su versión de 20.7.87, y a las " *Institute Additional Perils Clauses-hulls* ", de la misma fecha.

17. La primera cuestión que plantea el recurrente es la relativa al conocimiento de las condiciones generales que regulaban el contrato junto con las condiciones particulares. La cuestión tiene relevancia, pues la sentencia partió del hecho de que las condiciones generales habían sido conocidas y, por tanto, hizo aplicación de uno de sus contenidos, el art. 5, que excluía del aseguramiento el hecho de que el buque careciera de condiciones de navegabilidad, e incluía una definición auténtica de este concepto, por referencia al cumplimiento de los requisitos administrativos establecidos a tal fin (" *a estos efectos tendrá la consideración de innavegabilidad la falta, suspensión o caducidad de los documentos y certificados preceptivos para la navegabilidad del buque, así como en general los incumplimientos de aquellas normas legales de obligado seguimiento respecto a la navegabilidad del buque* ").

18. La sentencia ha considerado que esta estipulación es producto de la libertad de contratación de las partes, que es una " *causa de exclusión de la cobertura del riesgo* " (parece querer decirse que es una cláusula de delimitación del riesgo, en lugar de una cláusula limitativa de los derechos del asegurado), y que, en consecuencia, no resulta de aplicación el régimen especial de aceptación o garantía de conocimiento por el asegurado, previsto en el art. 3 LCS . El primer motivo del recurso se dirige a combatir este razonamiento. Para ello se sostiene por el apelante que las condiciones generales en ningún momento fueron conocidas y que, en todo caso, dicho art. 3 debería ser considerado como una norma de derecho necesario. El argumento se expone con profusión de citas jurisprudenciales.

19. Consideramos que la discusión que plantea el recurrente, en buena medida, no resulta esencial para resolver la controversia. La referencia jurisprudencial nos resulta sobreaabundante, pues es conocido, -y así lo ha reconocido el propio TS en su sentencia 1224/09, de 12.1 -, cómo la jurisprudencia ha adolecido de " *vacilación interpretativa* " en relación la cuestión de la armonización jerárquica del sistema de fuentes del seguro marítimo. Al margen de ello consideramos que la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales obliga al asegurador a probar que el asegurado conocía éstas, para lo que no basta una simple



referencia a su conocimiento en el texto si no consta su expresa aceptación. La prueba sobre este extremo ha fracasado, pues la declaración del empleado de AXA, D. Luis Carlos , no ofreció ningún detalle sobre el conocimiento efectivo por la asegurada, sino que se refirió con carácter general al conocimiento y experiencia del corredor en seguros de esta clase. Compartimos también el argumento del recurso en el sentido de que el contrato contaba con una regulación completa, porque las condiciones particulares sí incorporaban, -de una manera clara y reiterada-, una remisión expresa a un condicionado general, el de las pólizas inglesas referidas. Por ello, el conocimiento de las condiciones generales queda como hecho no probado. Sin embargo, como se verá, las consecuencias que sobre el fondo del litigio tendrá tal declaración difieren de las que propone el recurrente.

SEXTO.- Causas de producción del siniestro.

20. Dicho lo anterior, la primera cuestión a analizar es la relativa a las causas del siniestro, pues la exclusión de la cobertura, caso de demostrarse que fue intencionadamente causado por el asegurado, operaría de forma automática, al ser consustancial al contrato de seguro.

21. Compartimos en esta materia el criterio expuesto en la sentencia recurrida. En primer lugar, los hechos relativos al incremento de la suma asegurada en la novación del contrato el 28.8.13, un año después de la vigencia de la póliza original, y el hecho de que la empresa armadora atravesara por una difícil situación económica, -se afirma que en situación de insolvencia, vid. Informe de Global Risk para la demandada-, o el hundimiento de otros buques de la flota palangrera que faenaban en caladeros de la zona, son circunstancias periféricas que no pueden valorarse desde el análisis de la causalidad. Desde la posición demandante se alegan otros hechos indirectos que dan fundamento a la tesis de la demanda, como el hecho del evidente riesgo vital para la tripulación, que hubo de ser rescatada a más de 500 millas de la costa, lo medios y circunstancias habidas en el salvamento, o la propia situación de riesgo incontrolable inherente al hundimiento de un buque en alta mar. Consideramos evidente que el litigio no puede resolverse partiendo de las alegaciones de la parte demandada.

22. La existencia de contradicciones en las declaraciones de los tripulantes en la protesta de mar y en sus declaraciones posteriores, sobre si escucharon uno o dos impactos en el casco, o ninguno, tampoco nos parece determinante. El informe pericial presentado por el actor resulta convincente en la propuesta de causalidades alternativas, que sólo podrían confirmarse con la observación del pecio, lo que al parecer resulta imposible. Las condiciones marítimas y meteorológicas, y los medios empleados para el salvamento de la tripulación, (vid. Informe CIAIM, folio 235), otorgan verosimilitud a la tesis demandante.

23. Corresponde al demandado la carga de probar el carácter doloso del siniestro. Las dificultades probatorias de este hecho, sin la posibilidad de acceder al pecio, resultan evidentes. Los informes aportados por la demandada no ofrecen datos concluyentes o inequívocos, limitándose a subrayar las contradicciones en la versión de los hechos ofrecida por la empresa armadora y por sus empleados. Las limitaciones del proceso civil para hallar la verdad material en litigios de esta clase están en su propia naturaleza; aunque operáramos con un criterio causal de cálculo de probabilidades, no encontramos razones para resolver como propone la demandada; la insuficiencia en este caso de la prueba de presunciones es también intrínseca: a partir de la determinación de hechos-base que propone la parte (el hecho de la insolvencia de la empresa armadora, la existencia de naufragios de buques similares en las mismas fechas, las dificultades del caladero...), la Sala se ve incapaz de obtener la certeza (o una probabilidad razonable de que los hechos fueron como sostiene la aseguradora) del hecho presunto, al faltar un enlace " *preciso y directo* " (art. 386 LEC). De otra parte, la declaración del Sr. Ángel Jesús sobre las circunstancias del siniestro da soporte a la tesis demandante. Por estos motivos se confirma el pronunciamiento de primera instancia sobre el carácter no probado de la causación dolosa del siniestro.

24. Pero siendo ello cierto, el requisito de la navegabilidad del buque resulta un elemento de delimitación del riesgo característico del contrato de seguro marítimo, como lo prueba el hecho de que el propio Código de Comercio, en su art. 756.7 °, exonera al asegurador del pago de la indemnización en caso de pérdida de los documentos administrativos relativos a la navegabilidad del buque. También se contempla expresamente la exigencia de navegabilidad del buque en el art. 444 de la vigente LNM, y la normativa y jurisprudencia internacionales admiten, -desde hace más de un siglo-, como consustancial al aseguramiento, y a otros contratos de explotación del buque, la exigencia implícita de la " *warranty of seaworthiness* ". Todavía más claramente, las normas de la Institute fishing clauses establecen como causa de terminación del contrato, salvo pacto en contrario, la pérdida de la clase (vid. STS 3444/2013, de 12.6, y SAP Pontevedra 367/11, de 30.6, en la que exoneramos de pago a la aseguradora por incumplimiento por parte del asegurado de la obligación de mantenimiento de la clase), por lo que la navegabilidad, estadio anterior a la exigencia de una determinada clasificación, debe entenderse incluida.



5. Por ello consideramos que la estipulación que obliga al asegurado a mantener la navegabilidad del buque es una cláusula de delimitación del riesgo, y no una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, interpretación que entendemos confirmada por la reciente doctrina jurisprudencial que diferencia ambos conceptos (vid. STS 147/17, de 2.3, y 543/16, de 14.9). Por ello, la navegabilidad del buque, referida al mantenimiento de un estándar en relación con su estado general, sus partes accesorias y pertenencias, y su tripulación, que le permita la **navegación** sin más riesgos que los inherentes al viaje marítimo, es una obligación del asegurado, incluso anterior a la delimitación del riesgo como objeto del contrato (cfr. def. UK Marine Insurance Act 1906, art. 39, " *A ship is deemed to be seaworthy when she is reasonably fit in all respects to encounter the ordinary perils of the seas of the adventure insured.* ")

16. El carácter de ubérrima buena fe que caracteriza al seguro obliga al asegurado a comunicar al asegurador todas las circunstancias por él conocidas que influyan en la agravación del riesgo (art. 765 Código de Comercio; arts. 10 y 11 **Ley** del contrato de seguro). El " *azar moral* " es consustancial al seguro; como se sostiene por la mejor doctrina, el Derecho impone un deber de especial lealtad al asegurado para compensar el elevado coste del control de su conducta por parte de la aseguradora: " *las partes no pueden obtener beneficio alguno de ocultar información privada o engañar al respecto* ".

27. El problema que se plantea en este punto del razonamiento es el de determinar la intensidad en la exigencia del requisito de la navegabilidad, una vez que hemos descargado la aplicación de las circunstancias previstas en el condicionado general. Adelantamos que no toda infracción de las normas administrativas referidas a la **navegación**, por mínima que sea, es susceptible de afectar al seguro.

28. El requisito de la navegabilidad, en sentido administrativo, como cumplimiento de las exigencias legales y reglamentarias, se regula en el RD 1837/2000, de 10.11 para los buques españoles (cfr. disposición transitoria segunda: " *[h]asta tanto no entre en vigor la normativa de desarrollo del Reglamento aprobado por este Real Decreto, se acreditará el cumplimiento del buque con la normativa nacional e internacional aplicable, considerando por tanto que se encuentra en condiciones adecuadas de navegabilidad y de prestar eficazmente el servicio para el que haya sido autorizado, mediante la presentación de los certificados que le correspondan según su tipo, clase y características principales, en período de validez* "). Por tanto, si el buque asegurado careciera en el momento del siniestro del certificado de navegabilidad, o de las condiciones relativas al cumplimiento de las exigencias reglamentarias sobre dotación mínima de seguridad, podría considerarse que el buque carecía de navegabilidad; y si esta circunstancia fuera conocida, o debiera de haberlo sido, o si este hecho se ha producido dentro de la esfera de responsabilidad del asegurado, y en tales condiciones sobreviene el siniestro, el asegurador quedaría liberado de su obligación. Esto es lo que ha entendido la sentencia de primera instancia (con algún grado de confusión), que fundamentó el pronunciamiento absolutorio en el hecho de la caducidad del despacho y en el incumplimiento de las normas sobre tripulación de seguridad y titulación del patrón.

SÉPTIMO.- Vigencia del certificado de navegabilidad. Caducidad del despacho.

29. El Reglamento sobre despacho de buques, se regula en la Orden de 18.1.2000. La Resolución de 29 de febrero de 2008, de la Dirección General de la Marina Mercante, regula el Rol de Despacho y Dotación para los buques pesqueros y auxiliares de pesca, que se despachen desde puertos españoles.

30. La sentencia declara probado, como proponía la demandada, que el último despacho del buque se expidió el 14.1.11 y que caducó el 14.4.11. El informe CIAIM (Comisión permanente de investigación de accidentes e incidentes marinos, dependiente del Ministerio de Fomento) 26/14, (folios 232 y ss.) hacía constar que el buque tenía el despacho caducado. Por el contrario, la apelante considera que el despacho del buque había sido emitido por las autoridades marítimas de Cabo Verde el 16.9.13, por lo que el despacho se encontraba en vigor. El recurso insiste en que el despacho había sido expedido por las autoridades de la localidad caboverdiana de Portos de Barlavento, según acredita el documento obrante al folio 454.

31. Consideramos que dicho documento acredita suficientemente que el buque fue autorizado para navegar por las autoridades de Cabo Verde, competentes territorialmente para su emisión (la declaración del Sr. Celestino, representante de la consignataria, confirmó la existencia del documento). No encontramos argumentos para sostener la falsedad del documento, por el solo hecho de que " *apareció sorpresivamente* " en una fase posterior del litigio, y por la circunstancia de que lo lógico hubiera sido que se hubiera presentado en un momento anterior. Desde el punto de vista procesal, su aportación resultó temporánea, a la vista de las alegaciones de la otra parte, en el trámite de las alegaciones complementarias de la audiencia previa. Además de una impugnación, que adjetivamos de genérica, no se aportan argumentos que hagan dudar sobre la veracidad extrínseca del documento, sobre su autenticidad formal.

32. Como se desprende de la normativa nacional e internacional, la competencia de las autoridades marítimas nacionales se ciñe a la autorización del despacho para buques que partan de puertos españoles o que faenan en aguas en las que España ejerce su " *soberanía, derechos soberanos o jurisdicción* ", en la terminología



tradicional que sigue empleando el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la **Ley** de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, arts. 263 y ss ; la normativa contenida en el Acuerdo de Asociación en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y la República de Cabo Verde (aprobado por el Reglamento CE 2027/2006) confirma esta forma de ver las cosas (cfr. Art. 15 y art. 10 del Protocolo). En consecuencia la existencia de despacho de **navegación** vigente para la travesía en la se produjo el siniestro, queda como hecho probado.

OCTAVO.- *Cumplimiento de otros requisitos atinentes a la navegabilidad del buque: titulación y dotación.*

33. De manera diferente, el hecho de que el buque hubiera sido despachado por las autoridades territorialmente competentes no implica necesariamente el cumplimiento de los requisitos de navegabilidad exigidos por la normativa nacional. El despacho certifica formalmente, de acuerdo con la normativa territorialmente aplicable, las condiciones de **navegación** del buque para la salida del puerto de que se trate, pero no impide, como cualquier otra autorización administrativa, la prueba en contrario sobre la realidad de los hechos supuestamente acreditados. Por tales motivos, si el buque incumplía los requisitos nacionales sobre navegabilidad, en particular, la titulación del capitán y el cumplimiento de las normas sobre dotación mínima de seguridad, se producirá el mismo efecto anteriormente analizado: la exoneración de la obligación de pago de la indemnización (cfr. SAP Pontevedra, 556/12, de 5.11).

34. La sentencia de primera instancia, tras una argumentación confusa y desordenada (en la que resulta sumamente difícil discernir entre los hechos, su determinación a través del proceso de valoración probatoria, y su calificación jurídica; quizás corolario lógico de la peculiar forma en que se condujo el acto de la vista), y después de efectuar una relación de las contradicciones que la juez aprecia en el material probatorio, considera finalmente que " *los miembros de la tripulación... no reúnen en su conjunto las condiciones de titulación necesarias para confirmar la tripulación mínima de seguridad exigida para el buque en cuestión ...*"; siguen referencias, -que la Sala no considera suficientemente precisas-, a las condiciones de titulación del primer y segundo patrón, y al cumplimiento de las normas sobre dotación mínima de seguridad.

35. En su escrito de contestación, la demandada alegaba la falta de titulación del patrón al mando del buque en relación con la zona en la que se produjo el hundimiento. La tesis demandada era la siguiente: el primer patrón era el Sr. Eugenio , que carecía de la titulación suficiente, mientras que el segundo patrón, el Sr. Ángel Jesús , que si bien contaba con la titulación portuguesa (aunque se cuestiona su validez en España), no se encontraba en el buque el día del siniestro. Por el contrario, la representación apelante sostiene que el primer oficial de puente era el Sr. Ángel Jesús , que el segundo era el Sr. Eugenio y que la titulación de éste (patrón de costa polivalente), resultaba suficiente. Es este un dato de hecho controvertido, que ha de resolverse en atención al material probatorio aportado al proceso. La Sala ha revisado con plena jurisdicción el material probatorio aportado.

36. El expediente administrativo que concluyó con la sanción, -actualmente recurrida ante la jurisdicción-, carece de fehaciencia, y los hechos declarados en él como probados pueden ser destruidos mediante la aportación de pruebas en contrario ante la jurisdicción civil; no resulta incongruente una sentencia en la que, en virtud de la prueba aportada en nuestro proceso, se resolviera con una descripción de hechos diferente a la contenida en la resolución del expediente administrativo sancionador, como es de evidencia.

37. Partimos del hecho de que, como establece el documento obrante al folio 197, (doc. Nº 31 de la demanda), la tripulación de seguridad habría de estar compuesta por un primer oficial de puente, un patrón al mando, un jefe de máquina, un engrasador y dos marineros. En la tesis apelante, el patrón al mando era el Sr. Ángel Jesús , y el primer oficial el Sr. Eugenio , y éste, a pesar de no ostentar la titulación de patrón de pesca litoral, sí ostentaba la de patrón de pesca polivalente, que resulta suficiente según la normativa aplicable para el desempeño de esa particular función.

38. La presencia del Sr. Ángel Jesús en el buque en el momento del siniestro la consideramos acreditada por las siguientes razones: a) el despacho de 16.9.13 (folio 165) presenta al Sr. Ángel Jesús con la función de patrón (" *comandante* " en el documento); b) los informes de marea (folios 167-169) hacen constar al Sr. Ángel Jesús como capitán; c) el diario de a bordo, con las indicaciones de capturas, también hace constar como capitán a " *Ángel Jesús* ", en denominación que entendemos referida a D. Ángel Jesús ; d) las declaraciones testificales del Sr. Ángel Jesús y del Sr. Eugenio resultaron coincidentes en la afirmación de que el primero viajaba en el buque y se encontraba descansando en el momento del siniestro, encontrándose el Sr. Eugenio en el puente. Por el contrario, el Sr. Adrian manifestó con convicción, -hecho no desmentido-, que no viajaba el día del siniestro, al haber abandonado el buque el 28.8.13; y e) la declaración del Sr. Celestino , consignatario de Limage, que afirmó que el Sr. Ángel Jesús firmó el despacho en su presencia.

39. Por el contrario, las pruebas ofrecidas por Axa para convencer de lo contrario no resultaron concluyentes. El hecho de que en la relación de tripulantes que embarcaron en el buque "BC GENE", incorporada al diario



de **navegación** (vid. Folio 576), no incluyera al Sr. Ángel Jesús no nos parece relevante, atendiendo a la apresurada comprobación de identidades realizada. Pese a constar la relación de pasaportes, el hecho de que se hubiera acreditado la existencia de un error (la presencia de quien no estaba, el Sr. Adrian) desvirtúa el poder de convicción del documento. La explicación del hecho de que la protesta de avería la hubiera realizado el Sr. Eugenio , que habla español, frente a las dificultades que hubiera encontrado el supuesto capitán, puede considerarse razonable, al menos desde este inicial aspecto de acreditar la presencia del Sr. Ángel Jesús en el buque.

40. La certeza absoluta resulta normalmente inalcanzable, tanto más en el proceso civil. La declaración del Sr. Ángel Jesús resultó, -con las lógicas dificultades de la comprensión del idioma, que la peculiar forma en que se desarrolló el juicio no contribuyó a facilitar-, convincente en cuanto a su presencia en el buque en el momento del siniestro. No encontramos razones para deducir testimonio contra los testigos ante la jurisdicción penal, actuación, -por otra parte-, no solicitada. Por ello su posición nos resulta creíble, en el sentido de verosímil, y no aparece desmentida por ningún medio probatorio con similar poder de convicción. En consecuencia, la presencia del Sr. Ángel Jesús en el buque la consideramos probada, pese a lo sostenido en el expediente administrativo.

41. La siguiente cuestión a resolver, aceptado que el Sr. Ángel Jesús viajaba en el buque, es la de la determinación de las funciones de cada tripulante; en particular, si la función de capitán o primer patrón era realizada por quien inequívocamente no tenía título habilitante, o por quien sí lo tenía, aunque carente de la formalidad administrativa de su homologación por el Estado del pabellón. Son hechos probados: a) que el Sr. Eugenio tan sólo poseía la titulación de patrón costero polivalente, que tan solo habilita para la **navegación** a 60 millas de la costa; y b) que el Sr. Ángel Jesús sí contaba con titulación suficiente (cédula **marítima** de maestro de largo pescador), pero no homologado, incumpliendo la exigencia hoy prevista en el RD 36/14, de 24.1. Será preciso determinar también si estos requisitos inciden en la falta de navegabilidad del buque.

42. El examen de la prueba nos lleva a la conclusión de que las funciones de primer patrón las desempeñaba el Sr. Eugenio . Por las siguientes razones: a) en primer lugar, por las propias manifestaciones de las partes en el expediente administrativo (al folio 593 figura la declaración del representante de Pesquera Carmar, S.L., que reconoce que el patrón era Eugenio , con la justificación de la falta en el mercado de personal suficiente; incluso se precisa que se dirigió la empresa al INEM en este sentido, sin que fuera posible encontrar personal para segundo patrón; se reconoce, en suma, la falta de titulación del patrón); b) en la misma línea, de una manera unívoca, todos los tripulantes respondieron que el patrón estaba en el puente en el momento del siniestro, siendo que en el puente estaba el Sr. Eugenio y no el Sr. Ángel Jesús (declaraciones de los tripulantes en el expediente de investigación, redactadas en forma manuscrita: declaración del jefe de máquinas, documento 15 y 15 bis, donde designa a Eugenio como primer patrón; el marinero Gaspar y Íñigo , afirmaron que el patrón estaba en el puente, docs. 16 y 17; las entrevistas fueron realizadas el 31.1.13 en la Asociación Empresarial de Espaderos Guardeses, tiempo después del siniestro); c) la propia declaración del Sr. Eugenio en el mismo expediente, donde afirma que él era el primer patrón, y que no contaba con más titulación que la expresada de patrón pesquero polivalente, (la veracidad de su testimonio resulta cuestionable, desde el momento en que afirmó que no recuerda haber sido sancionado administrativamente, cuando consta una multa de 20.000 euros impuesta por la autoridad **marítima** precisamente por tal hecho); c) en la misma línea, en el documento 14 de la contestación, declaración de Ángel Jesús , donde éste reconoce que es el segundo patrón, y que el primer patrón estaba en el puente (en referencia a Eugenio); d) en la comunicación que, respondiendo al corredor de seguros Sr. Matías , dirige la empresa armadora el 23.1.14, -doc. 23 contestación-, se afirma que el capitán es Eugenio y menciona como patrón de pesca a Ángel Jesús . Estos hechos han sido apreciados de la misma forma por la autoridad administrativa, y han determinado la imposición de la sanción (junto con el hecho, rechazado por esta jurisdicción, de la falta de presencia a bordo del segundo patrón).

43. En este punto del razonamiento, partiendo del hecho probado de que el Sr. Eugenio era el capitán del buque, y que no contaba con la titulación suficiente para desempeñar tal cometido, consideramos que ello constituye una infracción que incide en la navegabilidad, en el sentido amplio en el que más arriba hemos interpretado el término (vid. párrafo 25), en la medida en que incrementa el riesgo de la **navegación**, hasta el punto de constituir infracción grave a la seguridad y protección **marítima** según la normativa administrativa (vid. apartado h, art. 307 Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre , por el que se aprueba el Texto Refundido de la **Ley** de Puertos del Estado y de la Marina Mercante). Constituye también una infracción de la dotación mínima de seguridad, pues el patrón al mando carecía de la titulación exigible. No se trata de una infracción leve de la norma, irrelevante para la seguridad del buque, que la compañía de seguros deba tolerar como consecuencia de una visión realista del tráfico. No consideramos que se esté ante una " *infracción de bagatela* ", insignificante, y menos en el ámbito del contrato de seguro, que exige, como dijimos en el párrafo 26, el cumplimiento de deberes específicos de lealtad entre las partes. Si la empresa armadora, por las razones que fueren, -la explicación de que no resulta fácil en el mercado encontrar trabajadores con la titulación adecuada



resulta a todas luces insatisfactoria como causa de justificación-, asumió el riesgo de situar al mando del buque a persona sin la titulación reglamentaria, se situaba fuera de los límites de lealtad fijados en el contrato de seguro frente a riesgos marítimos. El incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato (asegurar en todo momento la navegabilidad del buque) colocaba a la asegurada en posición de no poder reclamar a la aseguradora el cumplimiento de su prestación. En consecuencia, el pronunciamiento desestimatorio debe verse confirmado.

44.La sentencia de primera instancia omitió todo pronunciamiento respecto de la reclamación correspondiente a la indemnización pactada en el seguro de pesca a bordo, por importe de 176.512 euros. No obstante consideramos que esta omisión viene justificada por la causa que determina la desestimación de la reclamación y que hemos decidido confirmar.

45.El siniestro que fundamenta la reclamación sobre la base del seguro de pesca a bordo se produjo a consecuencia del naufragio del buque. No aconteció ninguna otra circunstancia prevista en la póliza que confiriera una cobertura autónoma a la pesca, en el sentido del acaecimiento de un riesgo distinto al que fundamentaba la reclamación del seguro de cascos. Por ello, si venimos sosteniendo la falta de navegabilidad del buque como causa determinante de la exoneración del asegurador en el seguro de cascos, entendemos que la misma circunstancia se produce respecto de la reclamación de la indemnización por la pérdida de la pesca.

46.Por tal motivo, -sostenido en el escrito de contestación a la demanda, folio 369-, no resulta necesario el análisis de los argumentos relativos a la prueba de la preexistencia de las capturas, o a la incidencia de la presencia o no en el buque del Sr. Ángel Jesús , o las supuestas inexactitudes de la documentación reglamentariamente exigida sobre registro y comunicación de capturas.

47.En consecuencia, los razonamientos sobre la falta de navegabilidad del buque por incumplimiento de la normativa sobre dotación mínima de seguridad, y sobre titulación del capitán, justifican la desestimación de la reclamación.

48.La desestimación del recurso determina la imposición de las costas en esta alzada.

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

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de apelación formulado por la representación procesal de PESQUERA CARMAR, S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pontevedra en los autos de juicio ordinario registrados bajo el número 320/15, resolución que confirmamos en cuanto a la decisión desestimatoria de la demanda con costas, con imposición de las devengadas en esta alzada a la parte recurrente, vencida en juicio.

Notifíquese esta resolución en legal forma a las partes haciéndoles saber que no es susceptible de recurso ordinario, sin perjuicio de que contra ella puedan interponerse, si concurriere alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la **Ley** de Enjuiciamiento Civil , los recursos extraordinarios de casación o por infracción procesal, ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el plazo de VEINTE DÍAS contados desde el día siguiente al de su notificación. Todo ello previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la **Ley** Orgánica del Poder Judicial , bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se pondrá testimonio en lo autos principales, con inclusión del original en el libro correspondiente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.