

**Sentencia del Tribunal Supremo (sala 1ª) de 21 de mayo de 2009. Recurso 2005/2004.
Ponente: Doña Encarnación Roca Trias.**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Mayo de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 1ª), por Tatiana , representada por la Procuradora de los Tribunales Dª. Ana Tejelo Nuñez contra la Sentencia dictada, el día 27 de abril de 2004, por la referida Audiencia en el rollo de apelación nº 208/04, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Corcubión. Ante esta Sala comparece el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de Dª Tatiana, en concepto de parte recurrente. Asimismo comparece la Procuradora Dª Adela Cano Lantero, en nombre y representación de "Mapfre Industrial Sociedad Anonima de Seguros", en concepto de parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Corcubión, interpuso demanda de juicio ordinario, Dª. Tatiana, contra la HERENCIA YACENTE DE D. Evelio , y "MAPFRE INDUSTRIAL, SOCIEDAD ANÓNIMA DE SEGUROS". El suplico de la demanda es del tenor siguiente: *"... dicte sentencia por la que se condene a los demandados Herencia Yacente de D. Evelio y Mapfre Industrial, Sociedad Anónima de Seguros, a indemnizar solidariamente a Doña Tatiana en la cantidad de 96.789 euros y a la menor Adelaida en la cantidad de 95.321 euros, como resarcimiento por los daños y perjuicios causados a las mismas, así como el interés del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro sobre dichas cantidades desde la fecha del accidente respecto de la Compañía Aseguradora; todo ello con expresa imposición de costas a los referidos demandados"*.

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de Dª Dolores , actuando en su propio nombre y como representante legal de su hija menor Dª Magdalena y de D. Miguel , los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: *"...dicte Sentencia por la que desestimando la demanda, absuelva a mis mandantes de las pretensiones de la misma, con imposición de costas a la parte actora"*.

La representación de MAPFRE INDUSTRIAL, S.A., alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso y terminó suplicando: *"... en su día, dicte sentencia por la que desestimando la demanda, absuelva a mis mandantes de las pretensiones de la misma, con imposición de costas a la parte actora"*.

Contestada la demanda y dados los oportunos traslados, se acordó convocar a la partes a una Audiencia Previa señalándose a tal efecto día y hora, compareciendo a dicho acto las partes personadas, ratificándose cada una de las partes en sus respectivos escritos de

demanda y contestación, solicitándose el recibimiento a prueba del pleito, y señalándose a tal efecto día y hora para la celebración de Juicio Verbal, practicándose la prueba admitida y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Corcubión dictó Sentencia, con fecha 24 de octubre de 2003, y con la siguiente parte dispositiva: "*FALLO: Que desestimando íntegramente la demanda presentada por la Procuradora Sra. Louro Piñeiro, en nombre y representación de D^a Tatiana, debo absolver y absuelvo a la Herencia Yacente de D. Evelio y a la entidad Mapfre Industrial, S.A. de Seguros de las pretensiones en ella contenidos. Con imposición de las costas originadas en el presente procedimiento a la parte actora*".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D^a. Tatiana. Sustanciada la apelación, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Coruña dictó Sentencia, con fecha 27 de abril de 2004 , con el siguiente fallo: " *Que desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 24-10-2003, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Corcubión en autos 40/03 , confirmamos íntegramente tal resolución con imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada*".

TERCERO. Anunciado recurso de casación por D^a. Tatiana, contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte representada por D^a Ana Tejelo Nuñez lo interpuso articulándolo en los siguientes motivos:

Primero: Infracción del *art. 1902 del Código Civil* y de la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla, en concreto de la teoría de la creación del riesgo prohibido.

Segundo: Infracción del *art. 1902 del Código Civil* y de la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla, en concreto en relación a la presunción de causalidad e interrupción del nexo causal y la teoría de la causalidad adecuada o eficiente.

Tercero: Infracción del *art. 1902 y del RD 607/1999 de 16 de Abril*, así como la jurisprudencia que desarrolla el citado *art. 1902* en relación a la objetivización de la culpa.

Por resolución de fecha 1 de septiembre de 2004, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personó el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén en nombre y representación de D^a Tatiana, en concepto de parte recurrente. Asimismo se personó la Procuradora D^a Adela Cano Lantero, en nombre y representación de "Mapfre Industrial Sociedad Anónima de Seguros", en concepto de parte recurrida.

Admitido el recurso por Auto de fecha 17 de abril de 2007, y evacuado el traslado conferido al respecto la Procuradora Sra. Cano Lantero, en nombre y representación de Mapfre Industrial, Sociedad Anónima de Seguros, presentó escrito oponiéndose al recurso de casación formulado de contrario y solicitando su desestimación.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el treinta de abril de dos mil nueve, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D^a. **ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º D. Evelio y D. Abel, compañero y padre de las demandantes, salieron a pescar en un bote propiedad del primero. Sufrieron un accidente en el que ambos fallecieron. Los dos ocupantes de la lancha estaban en posesión del título de patrón de pesca.

2º D^a Tatiana demandó a la herencia yacente de D. Evelio y a la aseguradora del bote, por entender que se había producido una negligencia por parte del propietario, concretada en tres actuaciones: que no le ofreció la posibilidad de ponerse el chaleco salvavidas al fallecido D. Abel, lo que llevaba a entender que dichos chalecos no existían; que la embarcación se alejó más de dos millas náuticas de la costa, lo que no podía realizar dadas sus características y, que la propia titulación del Sr. Evelio lo impedía. Los demandados contestaron alegando que en realidad no se sabía ni cómo ni porqué se produjo el accidente al haber muerto los dos ocupantes de la embarcación, que ambos pescaban juntos habitualmente y negaron que existiera relación de causalidad entre las circunstancias alegadas y el resultado.

3º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de Corcubión, de 24 octubre 2003 desestimó la demanda. Consideró evidente la existencia del daño, pero rechazó la concurrencia de culpa o negligencia, porque: a) quedaba probada la existencia de chalecos en la embarcación; b) que ambos eran personas expertas; c) que el accidente ocurrió a menos de dos millas de la costa, y d) que el título de patrón de navegación básica a motor de D. Evelio le permitía este tipo de navegación. En conclusión, la sentencia considera que "no ha existido culpa o negligencia alguna por parte de D. Evelio, por lo que ante la falta de prueba de la culpa o negligencia del agente y del nexo causal entre la conducta del agente y el daño causado", debía desestimarse la demanda. Respecto a la cuestión planteada por la recurrente que alegó que de acuerdo con el *Art. 1.1 del RD 607/1999, de 19 de abril, que establece el Reglamento del Seguro de Responsabilidad civil de suscripción obligatoria para embarcaciones de recreo*, debería condenarse a la aseguradora, aplicando la doctrina de la responsabilidad objetiva, la sentencia señaló que dicha disposición se basa en el *Art. 1902 CC*, por lo que no cabe aplicar otro tipo de responsabilidad que la fundada en la culpa o negligencia. D^a Tatiana apeló la sentencia; la dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, e 27 abril 2004, confirmó la apelada. Señala la sentencia ahora recurrida, que la necesidad de aplicar la doctrina de la culpa que exige la prueba de la negligencia, no puede quedar "desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo"; que "el accidente se produce dentro del ámbito del riesgo asumido por D. Abel; tratamos de una actividad voluntaria que acomete, como con frecuencia hacía, y desde una osición e conocimiento y control proporcionada por la experiencia en este tipo de pesca [...]". Consideró probada la existencia de chalecos salvavidas en la embarcación, que ésta se mantuvo a la distancia autorizada administrativamente y que nada probaba que el hipotético alejamiento de la costa "[...]obviamente convenido por los amigos, incidiera en el resultado como consecuencia natural, adecuada y suficiente"; añadía que "en torno a la razón de que los tripulantes no fueran capaces de utilizar los chalecos caben toda clase de

hipótesis, mas ninguna es relevante en el juicio de imputación objetiva porque no apreciamos la creación de un peligro jurídicamente desaprobado atribuible al Sr. Evelio en ese orden de conceptos" . Finalmente, señaló que "[...] no hay fundamento legal de objetivación a la manera de otros riesgos que expresamente lo establecen en su normativa de cobertura, ni infracción legal por inaplicación remisoria y máxime cuando, a la postre, se acaba asumiendo la autopuesta en peligro, de nuevo con conjeturas a la causa de la muerte". D^a. Tatiana presenta recurso de casación, dividido en tres motivos, que fue admitido por el Auto de esta Sala de 17 abril 2007.

SEGUNDO. En el *primer motivo* se señala la infracción del *Art. 1902 CC* y la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla, en concreto, la teoría de la creación del riesgo prohibido, con cita de las sentencias de esta Sala de 6 mayo y 9 julio 1994, 31 enero y 2 abril 1986, 18 mayo 1984, 4 junio y 24 octubre 1987.

Señala que se trata de un accidente por medio de un transporte marítimo, en el que existen dos elementos incuestionados: a) que la embarcación estaba en posesión del certificado de navegabilidad, y b) que los cuerpos del Sr. Abel y de D. Evelio aparecieron sin chaleco salvavidas. Dice que resulta llamativo que se considere intrascendente el incumplimiento de la medida de seguridad consistente en respetar la distancia máxima de alejamiento de la costa y aun cuando nadie ha podido determinar el punto exacto del naufragio, afirma que la embarcación se alejó de la costa más de las 2 millas para las que estaba autorizada. Con respecto al tema de los salvavidas, alega que está probada la ausencia de estos elementos de seguridad.

Todo ello hace que la recurrente concluya que no se habían tomado las precauciones necesarias a fin de evitar un impacto en la embarcación con una falta de previsibilidad que constituye el fundamento de la responsabilidad por culpa o negligencia.

Se va a estudiar conjuntamente *con el segundo motivo*, que denuncia la infracción del *Art. 1902 CC* y la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla, en concreto en relación a la presunción de causalidad e interrupción del nexo causal y la teoría de la causalidad adecuada o eficiente, con cita de las sentencias de este Tribunal de 19 diciembre 1992, 8 febrero 1991, 19 febrero 1985, 4 junio 1980, 23 enero 1986, 27 septiembre 1993 y 15 diciembre 1994 . Señala que no es admisible que por el hecho de embarcar, D. Abel asumiera el riesgo y que tampoco lo es que la sentencia se base en la ausencia de prueba. Acepta que es muy difícil la prueba de un naufragio sin supervivientes, aunque es innegable la relación directa entre el citado naufragio y la muerte de D. Abel, por lo que debe concluirse que "existe una razonable probabilidad (presunción de causalidad) en que la conducta negligente del patrono de la embarcación, D. Evelio, fuese la causante del hundimiento de la misma".

Los motivos primero y segundo se desestiman.

En ambos motivos la recurrente mantiene los mismos argumentos relacionados con cuestiones de hecho que ha ido formulando a lo largo de este procedimiento. Está intentando, como se demuestra de forma clara, en el motivo tercero que se examinará a continuación, que se aplique la teoría del riesgo, a falta de una prueba que permita atribuir la culpa o negligencia del accidente al demandado, también fallecido, y ello porque la

ausencia de supervivientes da pie a formular cualquier tipo de conjeturas, pero no permite imputar jurídicamente a nadie la responsabilidad por el resultado, dada precisamente dicha falta de pruebas.

Este recurso no es una tercera instancia, por lo que no puede pretenderse la revisión de la prueba y menos a través del recurso de casación, aunque se esconda detrás de una pretendida vulneración de las disposiciones legales vigentes.

Frente a la alegación de distintas sentencias de esta Sala, debe recordarse que la jurisprudencia reciente ha delimitado los casos en que la responsabilidad viene imputada por el riesgo de la actividad desarrollada. La sentencia 23 julio 2008 señala que "la jurisprudencia de esta Sala *viene declarando que el riesgo por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los artículos 1902 y 1903* " y que "[...] *la aplicación de la doctrina del riesgo en el ámbito de la responsabilidad civil exige que el daño derive de una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal*". Esta misma jurisprudencia señala tres excepciones a esta regla, que son los riesgos extraordinarios, el daño desproporcionado y la falta de colaboración del causante del daño cuando está obligado a ello; en estos casos se invierte la carga de la prueba, pero el accidente objeto del proceso no se incluye en ninguno de los supuestos excepcionados. La regla general queda expresada en la sentencia de 22 febrero 2007 donde, se dice que la jurisprudencia "no ha aceptado una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole", doctrina que se reitera en la sentencia de 23 mayo 2007 .

Esta es la doctrina que debe aplicarse a este recurso porque:

1º No se ha probado la culpa o negligencia del demandado, fallecido en el mismo accidente.

2º El fallecido cuya familia reclama la indemnización tenía también un título para manejar embarcaciones del tipo de la naufragada.

3º El riesgo fue asumido por ambos navegantes, tal como considera probado la sentencia recurrida.

Por todo lo cual debe concluirse que no concurren los requisitos exigidos en el *art 1902 CC* para el nacimiento de la obligación de reparar.

TERCERO. *El tercer motivo denuncia la infracción del Art. 1902 y del RD 607/1999, de 16 abril, así como la jurisprudencia que desarrolla el citado Art. 1902 en relación a la objetivación de la culpa. La embarcación estaba asegurada de responsabilidad civil. En aquellas actividades humanas generadoras de riesgo para terceros en que se ha establecido la obligación de suscribir un seguro obligatorio de responsabilidad civil, se viene aplicando un régimen objetivo de responsabilidad, pues quien crea y se beneficia de una fuente de*

peligro para terceros y una embarcación de este tipo lo es, debe responder de los daños que cause dentro de los límites reglamentariamente establecidos. De este modo, sostener como o hace la sentencia recurrida que el régimen de la responsabilidad por accidentes causados por embarcaciones de recreo debe someterse a las reglas de la responsabilidad subjetiva, que no se contiene en el articulado del Real Decreto, "no puede convertirse en una norma extravagante respecto del resto de la normativa y en particular de la propia Ley 50/1980", relativa al Contrato de seguro.

El motivo se desestima

La recurrente olvida que el *art. 1 del Real Decreto 607/1999*, que denuncia como infringido, dice textualmente: "1. El seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria tiene por objeto, en el ámbito y dentro de los límites fijados en el presente Reglamento, de la responsabilidad civil extracontractual en que puedan incurrir los navieros o propietarios de embarcaciones de recreo o deportivas [...] por los daños materiales y personales y por los perjuicios que sean consecuencia de ellos que, *mediando culpa o negligencia* causen a terceros [...]". Ello está de acuerdo con la interpretación que aparece en la "Parte expositiva" del citado Real Decreto, en donde se dice textualmente que "El esquema de responsabilidad civil subjetiva que se recoge en este Real Decreto, no podía ser de otra manera, es el clásico del Derecho español, basado en el *art. 1902 CC*". De esta manera se establece un seguro obligatorio no con base a la responsabilidad objetiva, sino con base a la responsabilidad subjetiva, de modo que quien pretenda obtener una indemnización, deberá demostrar la culpa o negligencia del propietario de la embarcación. Ciertamente, cuando la ley atribuye a la responsabilidad generada por un cierto tipo de actividad la característica de ser objetiva, a continuación exige la contratación de un seguro para garantizar las indemnizaciones a las víctimas de estos daños. Pero no siempre que se obliga el aseguramiento de una actividad se debe concluir que ello ocurre porque se está configurando como objetiva, como se demuestra claramente de la lectura de las disposiciones transcritas. Debería haberse demostrado la concurrencia de la culpa o negligencia del asegurado, propietario de la embarcación y al no haberse logrado, no es posible condenar a la aseguradora al pago de ninguna cantidad en este concepto, porque no ha nacido en cabeza del asegurado ninguna obligación de responder.

CUARTO. La desestimación de los motivos del recurso presentado por la representación procesal de D^a Tatiana determina la de su recurso de casación.

Con relación a las costas originadas por este recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el *art. 398.1 LEC/2000*, que se remite al *art. 394 LEC*, corresponde imponerlas al recurrente.

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

FALLAMOS

1º Desestimar el recurso de casación presentado por la representación procesal de D^a Tatiana contra la sentencia dictada por la sección 1ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, de veintisiete de abril de dos mil cuatro, dictada en el rollo de apelación nº 208/2004.

2º No ha lugar a casar la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3° Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente.