



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2012. Recurso 4478/2010 Ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 4 de diciembre de dos mil doce.

Visto por la Sala Tercera (Sección Sexta) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el presente recurso de casación que con el número 4.478/10 ante la misma pende de resolución interpuesto por la Procuradora Doña Elisa Hurtado Pérez en nombre y representación de Doña Tomasa contra Sentencia de 24 de mayo de 2.010 dictada en el recurso 1418/07 por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional .

Comparece como recurrido el Sr. Abogado del Estado en la representación que ostenta

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia recurrida contiene el fallo del siguiente tenor literal: <<Que desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora D^a. Elisa Hurtado Pérez, en nombre y representación de D^a. Tomasa , contra Resolución de la Ministra de Fomento, de fecha 6 de junio de 2007, a la que la demanda se contrae, la cual confirmamos por su adecuación a Derecho. Sin hacer condena en costas.>>

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, por la representación de Doña Tomasa se presentó escrito ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional preparando recurso de casación contra la misma. Por la Sala de instancia se tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparezcan ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, por la representación de Doña Tomasa se presentó escrito de interposición de recurso de casación, expresando los motivos en que se funda y suplicando a la Sala "...se acuerde en su día dictar una nueva Sentencia por la que, casando la que se recurre, se declare la Responsabilidad Patrimonial del Servicio de Salvamento Marítimo, condenando a la anterior al pago a mi representada de la suma de 548.000 Euros, más al pago de los intereses y las costas,...".

CUARTO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación, se emplazó al Sr. Abogado del Estado para que formalice el escrito de oposición en el plazo de treinta días, lo que realizó, oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la Sala "...teniendo por formulado escrito de oposición al recurso, debiendo ser inadmitidos los motivos o sus fundamentos como se expresa en cada uno de ellos, y en su defecto desestimados así como el recurso, confirmando la sentencia recurrida. Con condena en costas a la actora."

QUINTO.- Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día 27 de noviembre de 2.012, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy , Magistrado de Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se interpone recurso de casación por Doña Tomasa , contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 24 de mayo de 2010 , en el procedimiento 1428/2007, promovido en impugnación de la resolución del Ministerio de Fomento 2 de 6 de junio de 2007, denegando la reclamación de los daños y perjuicios ocasionados por el naufragio y posterior hundimiento del BUQUE000 ", por importe de 548.000 #. La sentencia de instancia, desestimando el recurso, confirma la mencionada resolución, sustancialmente, por considerar que no quedaba acreditada la relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos de salvamento marítimo y la lesión, es decir, los daños y perjuicios reclamados por la recurrente en la demanda. El recurso se funda en cinco motivos, todos ellos por la vía que autoriza el artículo 88.1º d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , con las siguientes vulneraciones de preceptos legales. En el primero, de los artículos artículo 106.2º de la Constitución y 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y de la Jurisprudencia que los interpreta. En el segundo, del artículo 90 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante , por inaplicación del mismo; de la regla 10 del Capítulo V de Seguridad de la Navegación; del Convenio de 1 de noviembre de 1974, ratificado por Instrumento de 16 de agosto de 1978, de Seguridad de la Vida Humana en el Mar; por inaplicación del Capítulo IV y V del Convenio sobre Búsqueda y Salvamento Marítimos de 1979 y del Convenio Protocolo del año 2000 celebrado entre la Dirección General de la Marina Mercante, Salvamento Marítimo y Telefónica. En el tercero, del artículo 90 de la Ley 27/1992 , antes citada; del artículo 1 del Convenio de Londres de 1989 y Jurisprudencia que lo interpreta; del artículo 1 de la Ley 60/1962, de 24 de diciembre , sobre auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimos y Jurisprudencia que se cita; del Manual IAMSAR, Volumen III- Sección 2, de "Prestación de auxilio", "Salvamento por medios marítimos"; preceptos todos vinculados a los artículos 106.2º CE y 139 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común . En el cuarto, del artículo 317 y 319 y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Jurisprudencia que los interpreta. Y en el quinto y último de los motivos invocados, la infracción del artículo 139 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y jurisprudencia sobre la carga de la prueba sobre la concurrencia de causa de fuerza mayor. Se termina por suplicar a esta Sala que se estimen los motivos de casación invocados, se case la sentencia de instancia y se dicte otra en la que se acoja la pretensión originariamente suplicada en la demanda, es decir, que se reconozca a la recurrente el derecho a ser indemnizada en la cantidad de 548.000 #, más los intereses legales y costas.



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

Ha comparecido en el recurso la Abogacía del Estado que suplica, con carácter preferente, que se declara la inadmisibilidad parcial del recurso por no alcanzar la cuantía de la casación; de forma subsidiaria y en la parte en que no proceda la inadmisibilidad, se suplica la desestimación de los motivos en que se funda el recurso.

SEGUNDO .- Por lo que se refiere, en primer lugar, a la inadmisibilidad parcial que se suplica por el Abogado del Estado, debemos hacer constar que se funda en que, a su juicio, son dos las pretensiones que se accionaron en la instancia, de una parte, la indemnización por la muerte del patrón de la embarcación, por la que se reclama la cantidad de 150.000 # y la segunda por la pérdida de la embarcación, por la que se reclama la cantidad de 398.000. A la vista de esa dualidad de reclamaciones, aquella primera no excede de la cantidad para la que el artículo 93.2º.a), en relación con el 41,3º y 86.2.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, abre la vía del recurso de casación, de donde se concluye que debe declararse la inadmisibilidad de esa primera pretensión. Se afirma que la acumulación de pretensiones no es contraria a dicha declaración porque el título de la reclamación es distinto, en el primer caso, la relación conyugal con el desaparecido en el naufragio, y la segunda, por la titularidad de la embarcación, cuya certeza no consta, a juicio de la defensa de la Administración. Es manifiestamente improcedente la pretensión de declaración de inadmisibilidad de la pretensión referida a la indemnización por la desaparición del patrón de la embarcación, porque no puede apreciarse esa ficticia dualidad de pretensiones ya que en el razonar de la demanda, lo que existe es un solo título de imputación de unos daños globales; a saber, el deficiente servicio de salvamento a que está obligada la Administración, que ha ocasionado la desaparición del patrón y el hundimiento y pérdida del buque; y todo ello ocasionando a la recurrente -cuya legitimidad para la reclamación conjunta nunca fue puesta en tela de juicio- unos daños por importe global, sin que pueda hacerse el fraccionamiento en que se funda la pretendida inadmisibilidad parcial sin incurrir en una inadmisibile división de la indemnización absolutamente ficticia, que nunca se pretendió en la reclamación inicial de que trae causa este recurso. En resumen, existe una sola reclamación, sin perjuicio de su cuantificación por ambos sucesos; un sólo título de imputación, el funcionamiento del servicio público; y una sola pretensión, el total resarcimiento de los daños y perjuicios que, a juicio de la recurrente, se le han causado. Deber rechazar la inadmisibilidad suplicada por la defensa de la Administración.

TERCERO .- Para el examen de los motivos de casación en que se funda el recurso es necesario recordar los razonamientos que llevan a la Sala de instancia a la decisión de rechazo de la pretensión accionada por la recurrente. Tras recogerse en la sentencia las exigencias que comporta la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, en las que deberemos posteriormente insistir a la vista de los reproches que se hacen en especial en el motivo quinto, se deja constancia en el fundamento cuarto de un relato de los hechos según considera el Tribunal de instancia que han quedado acreditados. Se declara en este sentido: "...es un hecho no discutido en el pleito que el barco pesquero naufragó como consecuencia de un golpe de mar, y posteriormente se hundió. La cuestión controvertida se concreta en si una eventual actuación negligente de los Servicios de Salvamento Marítimo de Almería se tradujo en la pérdida del barco siniestrado y la imposibilidad de rescatar el cuerpo del patrón del



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

mismo. La exigencia de responsabilidad a la Administración se fundamenta en que desde el momento en que se tuvo conocimiento del naufragio hasta que se toman medidas para el rescate pasan más de tres horas; la mar estaba picada pero no había un oleaje fuerte que impidiese a los profesionales de Salvamento desempeñar sus funciones; existió descoordinación, deficiencias en la organización del servicio de rescate y falta del número necesario de medios y efectivos humanos para abordar los trabajos de salvamento de modo eficaz.

Pues bien, obra en el expediente administrativo un Informe elaborado por la Capitanía Marítima de Almería, de fecha 24 de octubre de 2006, en el que se afirma que el accidente ocurrió el día 3 de agosto de 2004, sobre las 12'00 h, cuando el pesquero se encontraba pescando con nasas para camarón en la reserva de pesca de la Isla de Alborán, desde la cual se dirigieron al caladero de Secos de los Olivos. El oleaje de la mar reinante hizo zozobrar al pesquero el cual quedó quilla al sol y semihundido. Los tripulantes pudieron mantenerse a flote y fueron rescatados posteriormente, excepto el patrón que, al parecer, quedó atrapado en el interior de la caseta del puente. Los intentos de acercarse al pesquero, efectuados por los equipos de salvamento y por los buzos que les asistieron, fueron infructuosos debido al mal tiempo reinante, por lo que se balizó al pesquero para volver a intentarlo en caso de mejoría de las condiciones de mar y viento. A primeras horas de la noche se tuvo la última visión del barco, ya muy sumergido, no pudiendo encontrarse en la posterior búsqueda. Asimismo, se expone que, según los informes procedentes de otros pesqueros que se encontraban en la zona, el "... navegaba muy sobrecargado de nasas y aparejos y podría encontrarse muy justo de estabilidad. Sobre las operaciones de rescate, se indica que la radiobaliza de localización de siniestros (RBL) se activó a las 12'25, hora local, recibándose el aviso en el Centro de Coordinación de Salvamento a las 12'40 horas, sin que constara la posición geográfica de la citada RBL, aunque sí se conoce que pertenecía al referido pesquero. Desde las 12'45 se intenta contactar con el pesquero, bien directamente, sin conseguirlo, o a través de su armador quien indica que podría encontrarse pescando en las proximidades de la Isla de Alborán, y a través de otros pesqueros de la zona, a través del CCR de Málaga e incluso a través del Destacamento de la Armada en dicha isla. A las 13'15 el pesquero Hermanos Mercant informa de la posible posición del pesquero buscado. En ese momento se moviliza al helicóptero de Salvamento Marítimo Helimer Alborán, con base en Jerez, base más cercana de helicóptero de salvamento. Se intenta movilizar un helicóptero del SAR de la base de Armilla, pero no puede despegar por falta de pilotos disponibles, y finalmente se contacta con el Servicio de Vigilancia Aduanera y uno de sus aviones, que está en el aire, se dirige hacia la zona del Seco de los Olivos en busca del pesquero. En ese momento, 13'40 horas, se moviliza la embarcación de salvamento con base en Almería Salvamar Alborán. A las 14'00, en un segundo paso de la RBL se conoce la posición geográfica de la misma, pudiendo facilitar dicha información al avión del SVA, al helicóptero de salvamento y a la embarcación de salvamento. A las 14'30 el avión del SVA avista al pesquero siniestrado y varias tripulantes en el agua, a los que arroja chalecos salvavidas. A las 14'35 se consigue contactar con el mercante Sea Ace, que navegaba por la zona, al que se ordena dirigirse a la posición del siniestro, avista a dos tripulantes y la balsa salvavidas y los rescata a las 15'01h. A las 15'25 el Helimer Andalucía se encuentra sobre el pesquero



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

siniestrado y rescata tres tripulantes de la balsa salvavidas.

Se añade en el informe que desde las 15'30 horas, al conocerse la situación del pesquero y el hecho de que el patrón pudiera haber quedado atrapado dentro del mismo, se estudia la posibilidad del rescate con buceadores, siendo gestionados su envío por el CNCS de Madrid con la empresa Mediterráneo Servicios Marítimos, y se baraja también la posibilidad de que el rescatador del helicóptero de salvamento intente acceder al puente del pesquero. Todos los informes de los medios desplegados en el lugar del siniestro indican que, no solamente el mal tiempo, sino también la cantidad de restos, nasas y aparejos que rodean el casco del pesquero dificultan la operación de rescate y consideran peligroso que baje el rescatador para localizar el cuerpo del patrón. Esta circunstancia la confirman varios tripulantes, que afirman que no podían bucear por que las olas los arrastraban. Por otra parte, se afirma que no existía certeza de que el cuerpo del patrón quedara atrapado en el puente del pesquero, hecho que se presuponía por las declaraciones de los tripulantes que afirmaron que la última vez que lo vieron se encontraba allí. En este informe se descarta la actuación negligente o temeraria de Salvamento Marítimo, considerando que la temeridad se hubiera producido en un intento de rescatar el cuerpo del patrón e intentar evitar el hundimiento del pesquero contra todos los elementos y arriesgando las vidas de rescatadores y buceadores. Asimismo, en el expediente consta testimonio de las Diligencias Previas seguidas por estos hechos en el Juzgado de Instrucción número 5 de Almería, en las que se dictó Auto de sobreseimiento provisional y archivo. En el parte de accidente del Centro Regional de Coordinación de Salvamento Marítimo de Almería, folios 82 y siguientes del expediente, se consigna el plan de actuación seguido, los medios utilizados, y se hace una secuencia detallada de hechos y actuaciones, tanto del día del accidente como de los días posteriores, que en lo esencial y en lo que se refiere al día del accidente, coincide en los datos que se plasman en el Informe de la Capitanía Marítima, al que se ha hecho referencia. El Consejo de Estado emitió dictamen en sesión celebrada por su Comisión Permanente el 17 de mayo de 2007, en el que se considera que "... la demora en localizar al pesquero no es de modo alguno imputable a los servicios de salvamento, que se pusieron en marcha antes de conocer dónde estaba exactamente, y la actuación de los mismos respecto al salvamento (que tuvo éxito respecto de los restantes tripulantes) fue la adecuada y posible a la vista las condiciones meteorológicas y estado del mar, como también se describe en la resolución penal que rechazó la existencia de cualquier responsabilidad criminal del personal de salvamento o de instituciones públicas. No es posible exigir al Estado que los servicios de salvamento tengan el éxito que siempre se desea, ni cabe por ello establece su responsabilidad patrimonial; el riesgo del mar a que alude la reclamante no supone que el personal de rescate y deba arriesgar sus vidas sino que las personas que se dedican al negocio marítimo asumen precisamente ese riesgo, como lo era el patrón y la tripulación del buque pesquero que se hundió. Procede, pues, desestimar la petición." A la vista de ese relato de los hechos que acoge la Sala de instancia, se razona en el fundamento quinto en orden a la procedencia de la pretensión accionada por la recurrente: "...de lo obrante en expediente administrativo no puede inferirse que los servicios de salvamento hayan actuado de forma incorrecta o negligente, no pudiendo, en consecuencia, establecerse la relación de



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

causalidad que se pretende entre el funcionamiento del servicio público y la pérdida del cuerpo del esposo de la reclamante y del pesquero, la prueba practicada en el presente recurso, a instancia del actora, no permiten tampoco establecer tal relación de causa-efecto. El testigo D. Rodolfo , patrón mayor de la Cofradía de Pescadores de Adra, contesta a las preguntas formuladas de forma contundentemente descalificadora de la actuación de los servicios de salvamento, contrastándola con su particular criterio sobre cómo debieron realizarse las cosas, y ello pese a que afirma que volvió al Puerto de Adra sobre las 14'15 horas, por lo que no pudo presenciar las operaciones de rescate. En cuanto a su presencia en el Centro de Salvamento Marítimo, no garantiza que todas las órdenes e instrucciones que pudieran impartirse desde el mismo lo fuesen en su presencia, tal como parece que se desprende de sus manifestaciones.

La declaración del testigo D. Jose María , Jefe de Seguridad Marítima, no aporta noticia alguna sobre las operaciones de salvamento. Por otra parte, de las grabaciones de las conversaciones registradas en el Centro de Coordinación de Salvamento Marítimo, aportadas a la causa a instancia de la parte actora, tampoco se desprende algo distinto del relato secuencial de actuaciones obrante en el expediente, al que antes se ha hecho referencia, sino que se refleja la dificultad inicial para la localización del pesquero, las gestiones realizadas en la organización de las operaciones de salvamento, el envío de buzos que permanecieron en el lugar durante horas, calibrando la posibilidad de intentar el rescate del patrón y esperando el momento adecuado para hacerlo, incluso durante la noche, así como la presencia de fuertes vientos y marejada, según se comenta en una de las conversaciones grabadas. Así pues, sin perjuicio de lo fundado y razonable que pueda ser el criterio Don. Rodolfo , que no se cuestiona, lo cierto es que dicho testimonio no es suficiente ni adecuado, por las razones expuestas, para invalidar el contenido de los documentos obrantes en el expediente, en los que se hace una exposición de las operaciones realizadas, las dificultades para rescatar el cuerpo del esposo de la reclamante y evitar el hundimiento del barco. Lo que, en todo caso, está acreditado es que no hubo abandono o desatención en las obligaciones de salvamento, aun cuando el resultado no fuese el deseado, y que las condiciones atmosféricas eran adversas, como consta en los partes obrantes en el expediente y se expresa en una de las conversaciones grabadas, incorporadas al ramo de prueba de la parte actora."

CUARTO .- Es lógico que a la vista de ese detallado relato de los hechos que se hace en la sentencia de instancia y la más que fundada valoración de la prueba en que se basa dicho relato, la fundamentación del recurso haga especial crítica en dicha valoración, a la que se dedica de manera expresa el motivo cuarto pero que, en esencia, está presente en todos los restantes motivos cuando se pretende poner de manifiesto los incumplimientos en que se dice incurrió el Servicio de Salvamento, a la vista de las normas que, a juicio de la defensa de la recurrente, estaba sujeto. Necesario es, por tanto, que dediquemos nuestro examen, en primer lugar, por el mencionado motivo cuarto, sin perjuicio de la incidencia que el tema de la valoración de la prueba debe tener a los efectos del examen de los restantes motivos. Suscitado el debate en la forma expuesta es necesario recordar la limitación que en orden a la valoración de la prueba puede hacerse en casación, como ha declarado reiteradamente la Jurisprudencia de esta



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

Sala, de la que se hace eco el Abogado del Estado. En efecto, dada la naturaleza del recurso de casación como recurso extraordinario, no comporta, a diferencia del recurso de apelación, una revisión completa del debate suscitado en la instancia y no resulta procedente hacer un examen de la prueba cuya valoración es una potestad soberana del Tribunal "a quo" como evidencia el hecho de que el error en esa potestad no está incluido entre los motivos casacionales. Y es que, como se recuerda en la sentencia de esta Sala y Sección de 26 de abril de 2012, dictada en el recurso 5838/2009, con abundante cita de otras anteriores, "la formación de la convicción sobre los hechos en presencia para resolver las cuestiones objeto del debate procesal está atribuida al órgano judicial que, con inmediación, se encuentra en condiciones de examinar los medios probatorios, sin que pueda ser sustituido en este cometido por el este Tribunal de casación." Consecuencia de ello es que "la errónea valoración probatoria ha sido excluida del recurso de casación... Ello se cohonesta con la naturaleza de la casación como recurso especial, cuya finalidad es la de corregir errores en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, y no someter a revisión la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia". Y como conclusión de aquella limitación y la naturaleza de este recurso extraordinario, se declara que "no obstante dicha regla general, en muy limitados casos declarados por la jurisprudencia, y por el cauce procesal oportuno, pueden plantearse en casación -para su revisión por el Tribunal ad quem supuestos como el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en relación con la proposición o la práctica de prueba, o como la infracción de normas que deban ser observadas en la valoración de la prueba -ya se trate de las normas que afectan a la eficacia de un concreto medio probatorio, o a las reglas que disciplinan la carga de la prueba, o a la formulación de presunciones-; o, en fin, cuando se alegue que el resultado de dicha valoración es arbitrario, inverosímil o falta de razonabilidad." Tomando como punto de partida esa limitación y la preceptiva concurrencia de la valoración de la prueba realizada en la instancia como ilógica, arbitraria o con resultados absurdos, es lo cierto que lo único que se hace en el motivo de casación que se examina es reprochar a la Sala haber seguido las conclusiones del informe emitido por la Capitanía, por la propia Administración, y en el informe del Consejo de Estado, reproche impropio de este último que no hace relato de hecho sino que procede a su valoración, conforme al cometido propio de dicho órgano consultivo. De otra parte, se critica que la Sala de instancia desprecie el relato de los hechos que se ofrece por el testigo al que expresamente se hace referencia en la sentencia cuando, a juicio de la asistencia de la recurrente, por su conocimiento de la mar y su profesión se trataba de un testigo especializado cuya relevancia debería haber llevado a la Sala de instancia a acoger el relato de hechos ofrecido y, en concreto, el deficiente servicio prestado por Salvamento Marítimo. No puede compartir esta Sala esos reproches, ya de entrada, porque incluso en la propia fundamentación del motivo sería difícil que los estrechos límites de valoración que cabe apreciar entre el que se hace en la sentencia de instancia y los que se propone por la parte recurrente pueda tildarse de los errores extremos que habilitarían la revisión de la prueba en casación. En efecto, ha de observarse que, a la postre, los hechos básicos no son negados por la recurrente, es decir, que el equipo de Salvamento compareció en el lugar donde se encontraba la embarcación ya semi-hundida y pudo



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

rescatar a los náufragos; que al patrón, que quedó atrapado en la embarcación sin que pudiera ser rescatado por los restantes tripulantes de la embarcación en un primer momento, aunque lo intentaron, debido al estado de la mar, sin que pueda concluirse, salvo la mera polémica generada, que pudiera encontrarse con vida tras las horas transcurridas cuando la embarcación estaba ya casi sumergida -a ello apunta la testifical mencionada, haciendo referencia a la existencia de una bolsa de aire de cuya circunstancia nada consta-; todo lo cual pone a las claras de manifiesto que el pretendido, a juicio de la defensa de la recurrente, deficiente servicio de salvamento difícilmente habría permitido rescatar con vida al patrón. Pero también en relación con el salvamento de la embarcación, que se insiste en que se hundió definitivamente por ese deficiente servicio, es de destacar que las dificultades a que se apunta por la sentencia de instancia no es sólo por la existencia de la mar, de la que se hace cuestión en los motivos del recurso, sino también por la existencia las nasas y los cabos que las tenían sujetas originariamente en la embarcación, que dificultaban el acceso a la embarcación ya casi hundida, como acreditan las testificales del personal de rescate. Se hace una especial crítica en el recurso al rechazo que merece a la Sala de instancia la testifical practicada, cuando es lo cierto que la sentencia deja constancia de las razones por las que rechaza las conclusiones del testigo que pese a sus conocimientos de la mar por su profesión, es lo cierto que de su testifical se concluye en una valoración de los hechos más que un objetivo relato de ellos; más bien se declara por el testigo como, a su juicio, debieron haberse efectuado las operaciones de rescate, y ello una vez realizados y sin considerar las circunstancias eventuales que surgían en cada momento, de las que se dejan constancia en el informe que toma en consideración la Sala. En suma, no existen elementos de juicio para concluir que la Sala de instancia realiza una valoración de la prueba con las deficiencias que darían lugar a su revisión en casación; es más, cabría concluir que lo que se hace en el recurso es, como ya se dijo con relación al testigo, hacer un relato de los hechos no a como se realizaron en realidad a la vista de las disponibilidades existentes y la premura de la situación -que la Administración no generó-; sino valorar lo que debió haberse efectuado a posteriori y en un plano objetivo desprovisto de las circunstancias concurrentes. Y no es esa una potestad que confiera esta vía impugnatoria ni este Tribunal está en condiciones de realizar. Y no es de recibo las críticas que se hacen a la sentencia por haber acogido las conclusiones del informe de la Capitanía porque es dicho informe el único que contienen una relación detallada de los hechos sin que se haya efectuado prueba concluyente en contra de lo en él descrito, a salvo de la valoración de los hechos, más que narración, que hace el mencionado testigo. Y no está de más hacer referencia al argumento que se hace en el motivo de casación en relación con lo que podría considerarse falta de asunción de riesgo por el equipo de salvamento para tratar de salvar la nave y el cadáver del patrón -no se cuestiona la imposibilidad del rescate con vida- lo que lleva a concluir que debieron asumirse el riesgo que entrañaban las operaciones de rescate pese al estado de la mar y la existencia de los pertrechos de la embarcación en sus alrededores, con evidente riesgo para la vida de quienes actuaban en dichas operaciones que se dicen deben asumir el riesgo que comporta por la profesionalidad de quienes intervienen; porque no puede servir ese criterio de parámetro de actuación de dicha labor de rescate con riesgo para



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

las vidas para el salvamento de la embarcación o rescate del cadáver del patrón; menos aun cabe someter a reproche que no se asumiera ese riesgo excesivo que el mismo personal apreció en el lugar de los hechos; máxime cuando lo realmente decisivo era el rescate de los naufragos sobrevivientes, que pudo realizarse. La conclusión de lo expuesto es que ha de desestimarse el motivo cuarto del recurso.

QUINTO .- Los motivos primero, segundo y tercero, merecen un tratamiento conjunto que no puede correr mejor suerte que el anterior; en primer lugar, porque el primero de ellos obedece a una generalidad incluso en su misma formulación que la misma parte recurrente admite, que no ofrece mayores comentarios. Y en relación con los otros dos, se hace una tan extensa como ineficaz cita de preceptos generales que ni fueron invocados en la instancia, como se opone de contrario, ni, por tanto, pudieron ser objeto de examen en la instancia por lo que ha de considerarse como una cuestión nueva para la que está cerrada la casación; pero además de ello la cita de esos preceptos, como veremos, carecen de eficacia alguna si se rechaza la versión de los hechos de que se parte en el recurso. Sin perjuicio de lo expuesto, ya se dijo antes, que lo que subyace en la fundamentación de estos tres motivos es una relato de los hechos que es muy distinto del acogido por la sentencia por lo que la pretendida vulneración de los preceptos legales - muchos de ellos de mero consejo de actuación y de buenas prácticas no siempre dirigidos a los equipos de Salvamento sino a la navegación en general- se articula sobre la concurrencia de unos hechos que, ya se dijo, no se admiten, por lo que no puede acogerse las violaciones de los preceptos cuya violación se denuncia. Y buena prueba de ello es que el tan mencionado artículo 90 de la Ley 27/1992 , antes mencionada, se limita a la mera atribución competencial a la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima de la prestación de servicios de "búsqueda, rescate y salvamento marítimo" , entre otras; prestaciones que, en la fundamentación de la Sala de instancia no pueden estimarse negados en el presente supuesto. Otro tanto cabe concluir respecto del genérico artículo 1 de la Ley 60/1062 , que también se citó como vulnerado. Y en cuanto a los instrumentos internacionales, tan propios por su naturaleza de la navegación marítima, a que se hace tan prolija referencia, no cabe sino concluir que, como ya se dijo, no hacen sino proponer normas de actuación que no sólo están dirigidas a los equipos de Salvamento sino a los agentes de la navegación en general y que, en la forma en que se tiene por acreditados los hechos, no puede considerarse que se hubiesen omitido en el caso de autos. Por las razones expuestas han de desestimarse los motivos primero, segundo y tercero.

SEXTO .- En el quinto y último de los motivos de casación se denuncia la vulneración por la Sala de instancia de la "normativa y jurisprudencia" sobre la carga de la prueba en relación con la fuerza mayor como excluyente de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Lo que se viene a razonar es que si la Administración aduce la existencia de una fuerza mayor -estado de la mar- ha de soportar la carga de la prueba de esa situación y, a juicio de la parte recurrente, dicha prueba no se ha producido por lo que yerra la sentencia de instancia al desestimar la pretensión. Así planteado el debate el motivo no puede prosperar porque se parte de una premisa errónea que lleva a una conclusión falsa. En efecto a poco que nos detengamos en los razonamientos que se hacen en el escrito de interposición se constata que se articula la reclamación como si en



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

el caso presente la lesión, como presupuesto ineludible de la responsabilidad patrimonial y entendida en su sentido técnico jurídico de daño patrimonial antijurídico - que no se remite a la confrontación de la norma sino al hecho de que el ciudadano no tenga obligación de soportarlo-; hubiese sido producido por los servicios públicos. No fue ningún funcionamiento de servicio público alguno el que ocasionó el luctuoso accidente que tuvo como consecuencia que la embarcación se hundiera y su patrón perdiera la vida; fue un golpe de mar el que provocó el luctuoso suceso.

De lo antes expuesto se deben concluir dos importantes consecuencias, de una parte, que las condiciones de la mar son las causantes de los daños reclamados; de otra, que el reproche que puede hacerse al servicio público de salvamento sería, en todo caso, un actuar que hubiese minimizado los efectos de ese accidente; es decir, nos encontramos con un supuesto de omisión en la relación de causalidad, como presupuesto de la responsabilidad; es decir, lo que en realidad se está suscitando por la recurrente es que la pretendida actuación que se califica de negligente del servicio de Salvamento Marítimo ha privado de la posibilidad de haber rescatado el cadáver del patrón y permitido que la embarcación hubiera podido recuperarse antes de que se hubiese definitivamente hundido. Ello supone, ya de entrada, que la cuantía del daño no puede pretenderse, como se postula en la pretensión accionada, que se refiera la lesión a la muerte del patrón y pérdida del buque como si fuera la actuación de salvamento marítimo la que lo hubiese provocado en una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre aquellas pérdidas y el funcionamiento del servicio; conclusión que no puede mantenerse. En suma, en el mejor de los supuestos, la lesión que podría imputarse en esa relación al servicio público sería la posibilidad - nunca la certeza- de haber recuperado el cadáver y rescatado el barco en la situación, ciertamente deficiente como acreditan las fotografías que obran en el proceso, en que quedó tras su escoramiento como consecuencia del golpe de mar que sufrió. Porque no es pensable que por muy inmediatos que pudieran haberse llevado a cabo los medios de salvamento hubiera podido evitarse el fallecimiento del patrón ni los daños que ya es manifiesto se habrían producido en la embarcación, dada la distancia a que se encontraba la embarcación, lo que es relevante para el examen de la pretensión que, como se dijo, se postula de la muerte y del valor total de la embarcación, que nunca podría resultar procedente. Lo que realmente se estaría pretendiendo por la recurrente es sustentar la responsabilidad patrimonial sobre la base de la pérdida de oportunidad que un adecuado funcionamiento de los servicios de salvamento hubieran permitido minimizar la lesión, en la forma antes entendida; pérdida de oportunidad que se concretaría, a juicio de la recurrente, en la forma negligente en que actuaron dichos servicios. Tampoco cabe admitir el éxito de la pretensión con esa delimitación, sin perjuicio de los reparos formales que ese examen comporta -necesario a la vista de la fundamentación del motivo casacional que se examina de acuerdo con lo que se razonó en la demanda, que es a lo que estaba obligado el Tribunal de instancia a dar respuesta. La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida reiteradamente por esta Sala (Ss de 9 de Octubre del 2012, recurso 1895/2011 y de 19 de Junio del 2012, recurso 579/2011) y desarrollada profusamente con ocasión de las responsabilidades por acto médico -aunque no sólo- y comporta que la actuación de un servicio público habría evitado la



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

producción de un resultado dañoso en los ciudadanos cortando el nexo causal del devenir entre un acto ajeno al servicio público y los efectos que le serían propios; de tal forma que el funcionamiento de los servicios en tales supuestos vendrían a excluir ese devenir natural que sería más lesivo a los ciudadanos. Como se dijo, es propio de servicios públicos asistenciales -salud, incendios y calamidades públicas, actuaciones procesales negligentes, etc...- y se refiere a supuestos en los que precisamente el servicio público lo que viene a garantizar es evitar que el desarrollo causal de un incidente lesivo pueda agotar sus efectos pernicioso para los bienes y derechos de los ciudadanos. Buen ejemplo de lo expuesto es el presente en que, producido el naufragio de la embarcación, sería el servicio de Salvamento Marítimo el establecido para evitar que ese luctuoso hechos tuviera los efectos perniciosos que por el devenir natural habría tenido, y ese cometido de garante es el que se establece en el ya mencionado artículo 90 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante e incluso en las normas que se citan en los motivos casacionales. Ahora bien, ese papel de garante desplaza el nexo causal porque ya no puede ser examinado como en los supuestos, ciertamente más frecuentes, en que la lesión surge por un acto positivo en el funcionamiento de los servicios. En este segundo supuesto es fácil determinar el nexo causal porque basta con establecer la secuencia lógica del hecho prestacional de los poderes públicos en relación con el resultado lesivo. Por el contrario, en los supuestos de pérdida de oportunidad, la misma existencia del nexo causal ofrece la dificultad de esa secuencia lógica, porque el hecho generador de la lesión no se provoca por esa actividad prestacional del servicio público, sino que precisamente lo que hace el funcionamiento de los servicios públicos es cortar la secuencia natural del hecho lesivo, haciéndolo menos intenso, cuando no pueda dejarlo indemne. Ello obliga, como consecuencia lógica de ese presupuesto de hecho, a actuar sobre hipótesis, porque en otro caso nunca sería admisible la concurrencia de responsabilidad en los supuestos a que se hace referencia. Es decir, es necesario determinar en qué medida, atendidas las circunstancias que concurren, es previsible que el funcionamiento del servicio hubiera evitado el daño que ya se estaba produciendo. Obviamente en tales supuestos la prueba del nexo causal, que es lo que se cuestiona por la recurrente, ofrece la dificultad de que ha de acreditarse que ha sido precisamente la omisión en la actuación del servicio público la que debiera haber evitado, en nuestro caso, el hundimiento total de la embarcación ocasionando su pérdida total, incluido el cadáver del patrón. Pero es de añadir que en el presente caso esa prueba está también vinculada al propio devenir del hecho natural, porque una vez provocado el escoramiento hasta hacer zozobrar la embarcación habrá de tenerse en cuenta el tiempo de reacción del servicio público para determinar en cada momento los efectos lesivos que ya no podrían evitarse. Desde luego nunca podría evitarse que el barco naufragase como consecuencia del golpe de mar, lo cual ya había generado unos daños, una lesión en el sentido que aquí interesa; incluso es admisible que también la pérdida de la vida del patrón porque ninguna posibilidad tuvieron los sobrevivientes para poder rescatarlo y eran los únicos que esos escasos momentos podrían hacerlo, y de hecho intentaron sin éxito, como resulta de sus propias declaraciones. Pero esa indefinición e inconcreción del momento en el que, a juicio de la recurrente, pudiera haber actuado diligentemente el servicio de salvamento se deja sin



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

resolver en la fundamentación del recurso e incluso en la demanda, porque centrado el debate en ese deficiente funcionamiento -que no se tiene por tal, como se ha razonado, por la Sala de instancia y se ha de ratificar en esta vía casacional- no se llega a afirmar el momento en concreto en el que los servicios de salvamento podrían haber evitado lo único que ya se podría evitar, como se ha dicho reiteradamente, el hundimiento total del buque con el cuerpo del patrón en su interior. Y se desconoce en el relato de los hechos que se hace en el recurso que los servicios de salvamento procedieron, tras localizar el lugar del naufragio, a salvar a los sobrevivientes con éxito, a señalar la ubicación de la embarcación con balizas, produciéndose el hundimiento total de la embarcación durante la madrugada, una vez suspendidas las labores de salvamento por la caída de la noche y el estado de la mar. Ciertamente que el nexo causal puede descubrirse de la concreta actuación desarrollada por el Servicio de Salvamento y así se hace con vehemencia en la argumentación del recurso, pero no puede desconocerse que del relato de los hechos que acogela Sala de instancia, que no merece reproche jurídico alguno, ni puede apreciarse ese negligente actuar en esa función de garante que al servicio de salvamento competía ni cabe, por tanto, apreciar que en la sentencia se vulneren las normas de la carga de la prueba sobre el nexo causa que es, en definitiva, lo que se reprocha en el motivo que examinamos y que debe, por tanto, ser desestimado y, con él, de la totalidad del recurso. SÉPTIMO .- La desestimación íntegra del presente recurso de casación determina, en aplicación del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional , la imposición de las costas del mismo a la recurrente, si bien la Sala, haciendo uso de las facultades reconocidas en el número 3 del indicado precepto y atendidas las circunstancias del caso, señala en tres mil euros la cantidad máxima a repercutir en cuanto a honorarios de Letrado. Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución.

FALLAMOS

No ha lugar al presente recurso de casación número 4478/2010 interpuesto por la representación procesal de Doña Tomasa , contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional, de 24 de mayo de 2010 , en el procedimiento 1418/2007, con imposición de las costas a la parte recurrente, con el límite impuesto en el último fundamento. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos , haciendo constar que es firme y no procede interponer recurso alguno. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Wenceslao Francisco Olea Godoy , estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.