

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 7

ALMERÍA

JUICIO ORDINARIO 88/2008

SENTENCIA

En Almería, a treinta de abril de dos mil diez.

VISTOS por mí, Juan Antonio Lozano López, titular del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de los de Almería, con competencias en materia mercantil, los anteriores autos de juicio ordinario, registrados con el número más arriba indicado, en los que fueron parte, HOLCIM ESPAÑA, SA, como actora-reconvenida, representada por el Procurador D. JAVIER ROMERA GALINDO y asistida por letrado D. ANTONIO QUIRÓS DE SAS, ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN SHIPPING LINES, como demandada-reconveniente, representada por la Procuradora D^a NATALIA FUENTES GONZÁLEZ y asistida por los letrados D. FELIPE ARIZÓN GÓMEZ DE LA BÁRCENA y D^a MARÍA DOLORES PÉREZ MAZUECOS, SERVICIOS AUXILIARES DE PUERTOS, S.A. (SERTOSA), como demandada, representada por la Procuradora D^a MARÍA DE LOS ÁNGELES ARROYO RAMOS y asistida por letrado D. JAVIER PORTALES RODRÍGUEZ, y la CORPORACIÓN DE PRÁCTICOS DEL PUERTO DE GARRUCHA- CARBONERAS, como demandada, representada por la Procuradora D^a ISABEL VALVERDE RUIZ y asistida por letrado D. SANTIAGO MARÍA ZABALETA SARASÚA, en acción de reclamación de cantidad, intereses y costas por daños ocasionados por abordaje en puerto a una grúa de su propiedad mientras se procedía a atracar un barco cuyo armador, práctico y remolque eran o pertenecía a los tres demandados, y acción reconvenzional de reclamación cantidad, intereses y costas, por pérdida de flete sin cancelación de embarque y sin declaración de fuerza mayor, todo atendiendo a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- A 17 de marzo de 2008, el actor más arriba indicado presentó demanda, en la que, tras alegar hechos y fundamentos, terminó solicitando que en su día se dicte sentencia por la que se condene solidariamente a los demandados al pago de 446.797,63 €; intereses legales y costas. Fundó su demanda en su condición de concesionario y explotador de una terminal de carga en el muelle este del Puerto de Carboneras, donde el día 26 de enero de 2008 procedió a atracar el buque "Iran Hamzeh", cuya armadora era la mercantil Islamic Republic of Iran Shipping Lines; para la maniobra de atraque, el Capitán solicitó práctico, integrado en la Corporación de Prácticos del Puerto de Garrucha-Carboneras, con dos remolcadores de los Servicios Auxiliares de Puertos, S.A. (Sertosa), siendo así que, al realizar la maniobra, por una imprudente actuación de los integrantes en la maniobra (movimiento longitudinal del buque e incorrecta actuación de los remolcadores), colisionó el buque con una grúa que tenía instalada en el muelle. Valorando en 391.809,35 €; la reposición de la grúa -según dictamen pericial-, en 13.642,53 €; los trabajos de desmantelamiento de la grúa, en 30.000,00 €; el valor de achatarramiento, en 10.695,75 €; el valor de un filtro y en 650 €; el valor de los trabajos ya preparados para acondicionar las bodegas del buque, los reclama a las demandadas como responsables del siniestro.

2.- Subsanaos los defectos observados en demanda, mediante auto de 13 de mayo de 2008 se admitió a trámite, con emplazamiento a los demandados para contestación. A 26 de mayo de 2008 presentó contestación la representación letrada de Islamic Republic of Iran Shipping Lines, en el que interesó la desestimación de la demanda, más costas, por entender que el capitán no tuvo responsabilidad alguna en la producción del siniestro y que la valoración de la grúa que se hace de contrario era desproporcionada. Asimismo, presentó reconvencción frente a Hocim España SA, en petición de que se dicte sentencia por la que se le condene al pago de 181.585,64 €; equivalentes a 263.535,25 \$ USA, más intereses y costas. Fundó la demanda reconvenzional en el hecho de haber sufrido un daño con la actitud de la actora, que no canceló el embarque cuando debía de hacerlo, incumpliendo sus obligaciones como embarcador y cargador, frente al subfletador, Holding Trading SA, vinculada con la demandada, así como haber torcido las reglas de la buena fe contractual, el deber mutuo de las partes contractuales de mitigar las pérdidas; esta actitud le había ocasionado la pérdida de flete por los días 26 de Enero y 1 de febrero, y sin perjuicio de la reclamación de lo que le corresponda por la detención judicial del buque.

3.- Mediante providencia de 3 de junio de 2008 se admitió a trámite la reconvencción, con emplazamiento al actor reconvenido para contestación. Mediante escrito registrado a 18 de junio de 2008 presentó

contestación la representación procesal de Sertosa, en la que, tras alegar hechos y fundamentos, terminó solicitando que en su día se dicte sentencia por la que se desestime la demanda frente a su representación, más costas. Fundó su contestación en la negación de la actora como concesionaria del Puerto de Carboneras, que no consta la utilización efectiva de la grúa por la actora, que Sertosa era mera concesionaria del servicio de remolque, a las órdenes del Capitán y Práctico, que las causas del accidente fueron las órdenes incorrectas emitidas por el Capitán y el práctico, y que, en fin, sus servicios fueron satisfechos convenientemente una vez prestado el servicio. Asimismo, impugnó la valoración de la grúa que se efectuaba de contrario, para, finalmente, entender que en la actuación de los remolcadores no hubo culpa o negligencia y no existe relación causal entre la acción y resultado.

4.- Mediante escrito de 23 de junio de 2008, presentó contestación la Corporación de prácticos, en el sentido de solicitar la desestimación de la demanda, más costas. Fundó su oposición en la consideración de que la demanda en ningún caso imputa responsabilidad concreta al práctico, y sí al capitán y a un remolcador; considerando excesiva la valoración de la grúa efectuada de adverso, invocó la limitación de responsabilidad establecida en el art. 104 de la [Ley 27/1992](#) de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, alegando finalmente concurrencia de culpas por la actora.

5.- Mediante escrito presentado a 8 de julio de 2008, el actor presentó contestación a la reconvencción, en la que, tras exponer hechos y fundamentos, terminó solicitando que se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda reconvenccional, con costas. Fundó su oposición en el hecho de que la pérdida de flete se debió al incumplimiento del armador con su fletador, en la circunstancia de que la actora tenía la condición de mera cargadora, siendo así que el subfletador del buque, Holding Trading SA, es una entidad independiente a Holcim España SA. Entendió que la falta de despacho del buque no se debió a las circunstancias que se recoge en reconvencción, sino en el hecho de que la Capitanía marítima requirió informes de clasificación para el despacho del buque, que no se expidieron hasta pasado el momento en que se detuvo judicialmente el buque.

6.- Mediante providencia de 14 de julio de 2008 se tuvo por contestada la reconvencción, con citación de las partes para la celebración de audiencia previa para el pasado día 16 de octubre de 2008. Las partes efectuaron alegaciones complementarias y se precisó el suplico de la demanda reconvenccional, efectuándose impugnaciones de la reconveniente al peritaje del Sertosa, y, por parte de ésta última, a los documentos aportados de contrario a efectos probatorios. Las partes propusieron prueba documental, de interrogatorio de partes, testifical y pericial, siendo admitidos, tras múltiples recursos de reposición, la práctica totalidad de los medios solicitados.

7.- El juicio se señaló, mediante providencia de 29 de julio de 2009, para el pasado día 2 de febrero, que continuó al día siguiente, con el resultado que obra en los cinco soportes audiovisuales adjuntos, quedando las actuaciones vistas para el dictado de la presente resolución. No se consideran necesarias las diligencias finales solicitadas -a efectos formales- por la reconveniente; son suficientes la abundante documental aportada a las actuaciones y las más de cinco horas que duró la vista - sólo con las declaraciones de testigos y peritos-. La falta de práctica de las dos pruebas que quedan no es directamente imputable al tribunal, puesto que son dos pruebas a obtener en el extranjero de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, que las autoridades alemanas no han cumplimentado, ni siquiera en el intervalo que media entre la celebración del juicio y la presente resolución.

8.- Del total contenido de la prueba practicada, han resultado acreditados y así se declara expresamente a los efectos del art. 209.2ª LECn, los siguientes extremos:

Holcim España SA. es una sociedad de nacionalidad española, cuyo objeto social consiste, entre otras actividades, en la extracción en canteras, fabricación, producción y venta de materia prima para la fabricación de yeso, cemento, clinker.

Tiene registrado a su nombre, con registro de matrícula en Gijón, el buque de pabellón español "Indalo".

La participación accionarial de Holcim España SA es de Holcim Investments -Spain- SL por el 99,8 % del capital, integrado en el grupo empresarial suizo Holcim, cuya cabecera son Holderfin BV y Holdertrade SA.

En tal calidad, Holcim España SA explota, en régimen de concesión administrativa, la terminal portuaria para carga y descarga de productos cementeros del puerto de Carboneras (Almería), en su muelle este.

Por resolución del Ministerio de Industria de 28 de septiembre de 1979, Hornos Ibéricos SA (antecesora de Holcim España SA en la explotación del muelle) tenía autorizada la instalación, en dicho muelle este, de un transportador de cinta, instalaciones de almacenamiento, ensacado y paletizado, máquina cargadora de barcos para graneles y ensecado y de una grúa cuadrilátero.

En las proximidades de dicho muelle, existe una planta cementera, donde se extrae cemento o clínker, el cual se embarca en el Puerto de Carboneras, dependiente de la Autoridad Portuaria de Almería, y de su Capitanía Marítima.

El material se transporta desde la planta hasta la terminal de carga por una cinta cementera, y, posteriormente, hacia el barco, a través unas tuberías a las bodegas del buque, con un puente, tolva y pórtico de carga instalada en la terminal.

No consta en la terminal actividad de descarga en los últimos tiempos.

El muelle este de la dársena del puerto se encuentra frente a la línea de costa, mide unos 110-120 metros de largo, para un solo buque, y disponía de defensas de goma de rodadura, fundamentalmente en la parte sur del muelle, una en las proximidades de la grúa.

En la parte norte de ese muelle, en su esquina más exterior, Holcim España SA tenía instalada, a metro y medio del cantil, una grúa pórtico giratoria de las denominadas de "cigüeña" o "pico pato", encauzada sobre 2 carriles y 2 carretones en el lado mar y 2 carretones en el lado tierra, y con capacidad de elevación de unas 10 toneladas.

La grúa fue construida en los talleres Urbasa de Portugalete -Vizcaya-, en el año 1979, destinada a la carga de yeso, e inviable para el transporte y carga de clínker y cemento.

La grúa disponía de dos carriles para todo el recorrido del muelle, y se colocaba en la parte centro del muelle mientras se efectuaban las operaciones de atraque, por así exigirlo los profesionales de la marina que participaban la maniobra.

Desde hace unos diez años, se encuentra inutilizada en la parte norte del muelle, sin funcionar, ni consta la voluntad de Holcim España SA de utilizarla en el futuro.

Se encontraba en dicha parte del muelle, en sus raíles, pero estabilizada con unos pernos para impedir su movimiento.

Islamic Republic of Iran Shipping Lines es una compañía naviera de nacionalidad iraní armadora del buque "Iran Hamzeh", construido en el año 1986, con puerto de matrícula en Bandar Abbas (Irán), de pabellón iraní, tonelaje bruto 25770 Tm, tonelaje neto 14253 Tm, y 190 metros de eslora máxima.

El día 26 de enero de 2008, el buque "Iran Hamzeh" se encontraba en lastre, sin carga a bordo.

En calidad de armadora del buque "Irán Hamzed", Islamic Republic of Iran Shipping Lines, concertó, a 21 de agosto de 2007, un contrato de fletamento por tiempo con Oldendorff GmbH & CO KG, sociedad domiciliada en Lübeck -Alemania-, en vigor desde septiembre de 2007, bajo el formulario aprobado por la New York Produce Exchange,

La cláusula 26 del indicado contrato decía lo siguiente: "nothing herein stated is to be construed as a demise of the vessel to the time charterers. The owners to remain responsible for the navigation of the vessel, insurance, crew, and all other matters, same as when trading for their own account".

Entre otras estipulaciones, el contrato contenía, en lo que aquí interesa, la facultad de subfletamento por el fletador; un flete diario de 56.000 \$ USA incluidas horas extra pagaderos por quince días anticipados, facultad de nombramiento de la tripulación por el fletante salvo incumplimientos o falta de diligencia observadas por el fletador, y el pago de derechos de carga y grúa por parte del fletador

La cláusula decimoquinta del contrato establecía lo siguiente: "in the event of the loss of time from deficiency and/or default of men or stores, fire, breakdown or damages to hull, machinery or equipment, grounding, detention by average accidents to ship or cargo, drydocking for the purpose of examination or painting bottom, or by any other cause preventing the full working of the vessel, the payment of hire shall cease for the time thereby lost; and if upon the voyage the speed be reduced by defect in or breakdown of any part of her hull, machinery or equipment, the time so lost, and the cost of any extra fuel consumed in on sequence thereof, and all extra expenses shall be deducted from the hire".

La naviera tenía contratado el mando del buque, al capitán, de nacionalidad ucraniana, D. Arcadio , con un contrato de seis meses. Se unió a la tripulación del buque el día 2 de enero de 2008 y lo abandonó el día 7 de marzo. Asimismo, el segundo oficial del buque es Fabio .

Holcim Trading SA es una mercantil de nacionalidad española, con domicilio en Madrid, dedicada al comercio internacional de cemento, clínker o similares.

Forma parte del grupo Holcim, y, en concreto, participa en Holcim España SA con el 100 % de su accionariado.

En tal calidad, Holcim Trading SA, mediante contrato privado, compró a Holcim España SA 35.000 toneladas de clínker, que debería ser suministrado entre los días 1 de enero a 5 de febrero de 2008, a 60 \$ USA la tonelada en condiciones FOB.

Eran condiciones del contrato las siguientes: "El vendedor deberá aceptar el buque nominado por el comprador en 24 horas si el barco cumple con las condiciones del puerto de carga. El vendedor debe anunciar las condiciones del puerto".

En la segunda versión de este contrato, tras la posposición del embarque que se dirá, se contiene la siguiente cláusula: "buyer shall charter at own risk and expense, bulk carrier vessels suitable for the carriage of the clinker between loading port and discharge port" (art. 6.6).

El contrato original seguía con las siguientes cláusulas: "The port of loading shall be at Carboneras, Spain. The point of delivery shall be Carboneras, Spain. Delivery shall take place as the Clinker progressively cross the vessel's rail when the vessel is at the mooring/berthing/anchorage place at the loading port. Ownership of the clinker shall be passed to buyer when delivery takes place at the port of loading. Except as provided otherwise herein, the provisions of Incoterms 2000 for FOB shall apply".

"Buyer or the appointed shipping Agent shall give seller, 10 days, 7 days, 3 days, 48 hours and 24 hours notice of the vessel's expected time of arrival ("ETA") at the loading port and any variation thereto of more than 12 hours".

"Upon arrival at the loading port, the Master of the vessel shall tender the Notice of Readiness during 08:00 hrs to 17:00 hours Sundays, holidays included (SHINC) by telex, radio or telephone (...) to the appointed shipping Agent (...)"

"Seller shall undertake to deliver alongside the vessel and load into the vessel's holds, free of any risk, liability and expense whatsoever to Buyer. Seller to guarantee: for the clinker, a loading rate at Carboneras, of minimum 8.000 metric tons per weather working day of 24 consecutive hours, Sundays and holidays included (SHINC). BIMCO Holidays are excluded unless used which case actual time used to count".

"Lay time at the loading port shall commence 6 hours after valid Notice of Readiness is tendered. In case loading commence sooner, than actual time used by seller for loading shall count as laytime".

"The vessel shall be loaded at the risk and expense of seller who shall ensure that payment for any damage caused to the vessel by stevedores used to load the vessel, whether or not employed by Seller (...)"

"Loading shall be deemed to be completed and laytime or demurrage shall cease to run when the entire shipment of Clinker has been loaded into the vessel's holds, trimmed, and all the stevedores' equipment has been removed from the vessel. Cost on Sellers account".

"First opening and last closing of hatches at loading port to be done by the vessel's crew at the ship owner's expense, provided permitted by local regulations".

"As loading clinker is to be loaded through holes on hatch covers which are to be burned open, rewelded (sic) and approved by the vessel's class surveyors at Seller's expense but in buyer's time provided burnings do not exceed 6 hours and rewelding to not exceed 5 hours"

"If the time taken for loading exceeds the lay time allowed, Seller shall pay buyer demurrage in respect of such excess time at the charter party rate, such rate to be determined in United States Dollar per 24 hours (or pro rata for part thereof), promptly upon receipt of buyer's written invoice to seller for the sum due, together with customary supporting documents, (laytime calculations, NOR, Agent's time sheet, statement of facts)".

"Half despatch for laytime saved which will be based on half of the demurrage rate".

"Demurrage or despatch to be settled within 30 days after presentation of supporting documents".

"This contract is subject to force majeure at any time during the period in which the contract is in force; either party is unable to perform in whole or in part its obligations under this contract because of: hostilities, military operations of any nature, acts of public enemies, civil commotion, sabotage, strikes, lock-out, fire, floods, explosions, major factory breakdowns affecting the production, war whether declared or not, or warlike events, acts of god, acts of government (including but not limited to prohibition of exports and imports). In such events the date(s) of fulfilment of any waiver/extension of time in respect of delivery of any instalment or part of the goods shall not be deemed to be a waiver/extension of time in respect of the remaining deliveries and if the existence of such circumstances exceeds 90 (ninety) days, each party shall have the right to refuse further performance of contracts, in which case neither of the parties shall have the right to claim any eventual damages. The party which is unable to fulfill its obligations under this contract owing to force majeure must immediately inform the other party of the existence and/or determination of the circumstances preventing the performance of the contract. A certificate issued by chamber of Commerce in the country of the party claiming force majeure shall be sufficient proof of the existence of the circumstance".

"The international rules of interpretation of trade terms known as the Incoterm 2000 as amended from time to time shall apply to this contract. Terms and conditions of Gencon Charter Party 1994, not in contradiction with this contract to apply".

A la llegada del buque a puerto, Holcim España SA debía emitir la correspondiente aceptación si el buque nominado por el comprador cumple con las condiciones de embarque.

Terminado el embarque, Holcim España SA debía de emitir el correspondiente conocimiento de embarque, haciéndolo llegar al vendedor en el tiempo más inmediato posible.

El barco tenía una plancha de 22 a 28 de enero de 2008, de cuatro días y doce horas desde la llegada del buque, a 8.000 €; el día.

Para la ejecución de estos contratos, Holcim Trading SA subfletó el buque a Oldendorff GmbH & CO KG.

El contrato de subfletamento estaba en realidad concertado a 15 de enero de 2008 por Milange Comercio Internacional e Serviços Lda, domiciliada en Funchal (Madeira-Portugal), a la sazón Offshore del grupo Holcim.

El cargamento estaba destinado a un puerto no determinado de Guinea Conakry.

En cumplimiento de este contrato, Oldendorff ordenó al capitán del buque dirigirse al puerto de Carboneras a cargar clinker en su muelle este.

Los días 23, 24 y 25 de enero de 2008, el capitán dio aviso de llegada por correo electrónico dirigido al armador, a Holcim España SA y al agente protector.

El día 26 de enero de 2008, el buque "Iran Hamzeh" arribó al Puerto de Carboneras, y el capitán solicitó atraque con práctico.

Sobre las 15:45 horas, dos millas antes del puerto de Carboneras, subió a bordo del buque D. Juan Enrique, práctico, integrado en la Corporación de Prácticos del Puerto de Garrucha-Carboneras.

A bordo del buque, Arcadio entregó la documentación técnica del buque a D. Juan Enrique y éste D. Juan Enrique explicó a Arcadio la maniobra de atraque.

Tal maniobra consistía en fuerza motriz mediante dos remolcadores, ciaboga por la banda de babor en sentido contrario a las manecillas del reloj, para entrada a dársena por popa, y alineamiento en paralelo al muelle este del puerto, babor a muelle, a unos veinte metros del mismo, para lo que se darían los esprines, atracando con la ayuda de empuje a carnero de los remolcadores, si era necesario.

D. Juan Enrique y Arcadio se colocaron en el alerón de la banda de babor para dirigir la maniobra, mientras que en el puente de mandos se encontraban los oficiales del buque.

Para la maniobra de atraque, sirvieron los remolcadores "Albireo" y "V.B. Almería", armados por Servicios Auxiliares de Puertos SA (Sertosa), mercantil española que presta el servicio básico de remolque portuario en el puerto de Carboneras (Almería), como concesionaria del servicio de remolque.

La potencia de ambos remolcadores era de 4500 Caballos de vapor y 52 toneladas de tiro.

En el lugar reinaba viento de levante, de fuerza 2 a 3 en la escala de Beaufort, lo que incidía en la obra viva de los costados del buque, al estar en lastre. Igualmente, existía mar agitada, olas moderadas fuera de la dársena y cielo cubierto con casi tormenta.

"Albireo" dio cabo a popa y "V.B. Almería" a proa, una milla y media antes de la entrada a la bocana del puerto.

Tras ciaboga y entrada por la bocana del puerto por popa, como estaba previsto, manteniendo el buque máquina atrás muy lenta, el remolcador Albireo tiraba de la popa del buque hacia el interior de la dársena, mientras el remolcador Almería era también arrastrado por el primero, limitándose a hacer de timón o hélice.

Al llegar el buque a muelle, y alinearse con él, paró máquina, encontrándose parado y sin arrancada, y sólo con un movimiento inercial.

Un minuto después, al alinearse el buque con el muelle, dio los esprines de popa y proa.

El remolcador Almería, se colocó apoyado en la amura de estribor del buque, esperando órdenes del práctico.

El remolcador Albireo, al sobrepasar el muelle, se encontró próximo a la escollera, lo que advirtió al capitán por temer la existencia de piedras desprendidas o insuficiente calado.

El práctico, que conocía que en el lugar había suficiente calado, ordenó a Albireo que se saliese de la escollera y buscara el costado del buque y avisase para cuando se encontrara listo.

El remolcador así lo hizo, colocándose en el costado, antes de los finos de popa.

El personal del puerto encapilló el esprín de popa en el noray del muelle, pero no quedó inmediatamente tensado, puesto que quedó por debajo de una defensa.

La tripulación del Iran Hamzeh tensó el esprín desde cubierta, dando lugar al toque del costado de babor del buque con las defensas.

Tras amortiguar las defensas el choque del casco, y como consecuencia del viento de levante reinante, la popa del barco se separó entre diez o quince metros del muelle.

En ese momento el práctico dio orden al remolcador de Albireo para que empujase, y así lo hizo, dando un toque al casco del Irán Hamzeh con potencia mínima.

A consecuencia del empuje, el buque tomó inercia hacia el muelle y el práctico dio orden, en repetidas ocasiones, a la patrona de Albireo, para que aguantase, lo que no hizo.

Sobre las 17:13 horas, debido a la inercia, el buque tocó defensas y la zona de curvatura de la aleta de babor se introdujo en el interior del muelle, provocando que el toldillo de popa pasase encima del muelle y tocase con la grúa pórtico.

Tras el contacto con la grúa, la tripulación largó los cabos de los remolcadores, el buque largó los esprines, dio poco adelante y timón a babor a fin de parar el movimiento a popa, y el buque salió del muelle y del puerto, dando fondo en el exterior.

El día 28 de enero de 2008 el capitán del buque emitió nota de protesta, junto con la emitida también por el 2º oficial, Fabio el día 26 de enero.

A consecuencia del impacto, el buque Iran Hamzeh resultó con las chapas de los finos de popa arañadas y torcidas por una superficie de unos 8 m de largo y 0.5 m de ancho, y con los costados 32-40 torcidos en el lugar de la primera planta de la sala de máquinas, con un área abollada de un metro cuadrado.

A consecuencia del impacto, la grúa pórtico resultó con grandes deformaciones en toda la estructura inferior, así como en las patas de soporte y carretones, los que ocasionaba una acusada inestabilidad y un inminente peligro de caída. Asimismo, la base de giro resultó doblada, y resultó dañada la caseta de mando y la zona de protección de los motores.

La zona donde estaba asentada la grúa fue objeto de protección mediante un perímetro de seguridad de unos 50 metros para evitar daños a terceros.

Por la acción del viento, una semana después, la grúa pórtico cayó mediante derrumbe

Tras la caída, la grúa pórtico se consideró pérdida total, y fue desmantelada por Arada Ingeniería Agroindustrial SL, a la que Holcim España SL satisfizo la cantidad de 13.642.53 €;

Tras el desmantelamiento, los restos fueron retirados y achatarrados por Demoliciones Córdoba SA, a la que satisfizo Holcim España SA la cantidad de 30.000,00 €;

Holcim España SL pagó a Astilleros y Talleres el Puerto SL la cantidad de 754 €; por gastos de preparación de equipos y desplazamiento para la realización de trabajos en el buque para carga.

Producido el accidente, el capitán del buque requirió al P&I club para efectuar una inspección del buque.

A las 6:49 de la tarde del sábado 26 de enero de 2008, Juan Francisco mandó un correo electrónico a Ondeldoff, con copia al personal de Holcim España SA. El correo electrónico tenía el siguiente texto: "Please be informed that during berthing manoeuvres at Carboneras, and while the Pilot on board, at approximately 17.05 hours today Saturday 26th January, the above- mentioned vessel made contact with a stationary crane situated on the East Quay at the port of Holcim España, Carboneras. This contact caused the crane's legs to give way, resulting in the crane collapsing onto the quay, albeit in an upright position. Please note that there has been no injury to persons, and it would appear that the vessel has not suffered any damage, although we await the Masters confirmation. The crane's present position has left it unsafe for the vessel to berth at the quay, and she has therefore proceeded to Carboneras anchorage. We attach two photographs taken following the above incident. We will keep you informed".

El día 27 de enero de 2008 la Capitanía Marítima de Almería recibe la nota de protesta emitida por el práctico.

Ese mismo día, el práctico habló con personal de Holcim España SA, a quien les dijo que la causa de la producción del accidente por que el remolcador no aguantó, sin perjuicio de que uno de los sprines se enganchó en una defensa.

Ese mismo día 27 de enero de 2008 se nombra como agente protector del buque a J. Ronco y Cía SL, siendo agente D. Juan Francisco .

Juan Francisco trabaja también para Vera Consignatarios SA, cuyo accionista único es Holcim España SA.

El día 27 de enero se efectúan las pesquisas para nombrar un inspector, y finalmente queda nombrado D. Gabino , de P & I, que acude a la terminal al día siguiente.

El día 28 de enero de 2008 es designada la sociedad de clasificación, Lloyd's Register, para atender el barco.

El día 28 de enero de 2008, el armador, a través de un consignatario residente en Málaga, recibe noticias de que al día siguiente, a las 9:00 horas, iría el inspector al buque, sin poder acudir el día 28 por falta de bote para ir a bordo del buque.

El día 28 de enero de 2008, el armador requiere de Vera Consignatarios SA, la nota de protesta del práctico.

El día 29 de enero de 2008, se presenta en capitanía marítima la protesta del capitán.

El Sr. Gabino , perito del P&I, y Onesimo , de Lloyd's Register, acudieron a inspeccionar el buque en la mañana del día 29 de enero de 2008, sobre las 11:00 horas.

Del resultado de esas inspecciones, resultaba que el buque estaba en condiciones para navegar, y Onesimo , esa misma mañana, sobre las 12:30 horas del día 29 de enero, antes de abandonar el buque, entregó el informe al Capitán.

El día 29 de enero de 2008, Arcadio remitió por correo electrónico a su aseguradora y Don. Juan Francisco , la siguiente nota: "La condición de clase impuesta por el perito de LL (ver archivo adjunto). El casco del buque fue examinado el 29-01-2008 en el fondeadero de carboneras. El certificado provisional es valido hasta 06/2008.El representante del club de P & I, D. Gabino examinó el buque y la nota de protesta le fue entregada a él, para que a su vez se la entregase Don. Juan Francisco , en su calidad de agente protector de la compañía. El sr. Juan Francisco [ha sido] nombrado para presentar la nota de protesta en la oficina del capitán marítimo. Nota de protesta emitida contra la corporación de prácticos: "corporación de prácticos del puerto garrucha-carboneras" . Por favor, téngase en cuenta que no hay carga alguna a bordo en este momento. el buque está en fondeadero (puerto Holcim/Carboneras/España). El buque no ha comenzado ni completado ninguna formalidad. El buque sólo pretendía atracar pero debido al accidente ha largado amarras y echado el ancla. Según la información/explicación dada por D. Gabino , la grúa derrumbada en el puerto no estaba en uso desde hacia algún tiempo. Todas las operaciones portuarias han cesado debido a la condición insegura de la grúa dañada, la cual permanece en el muelle sin ningún arreglo para sujetarla. El puerto no permitirá ninguna operación de carga hasta que la grúa sea sacada y desmantelada del puerto para nombrar a la compañía y comenzar el desmantelamiento ellos necesitaban alrededor de una semana. Otras dos o tres semanas requeridas para sacar la grúa completamente del muelle".

Juan Francisco contestó a ese correo al día siguiente, 30 de enero, de la siguiente forma: "Buenos días, Capitán: Gracias por su correo electrónico de ayer martes 29 de enero, tomamos nota de su contenido. Por favor, tome nota de que, según lo solicitado, entregamos un original de su Nota de Protesta al Capitán Marítimo ayer martes 29 de enero. El Capitán Marítimo ha solicitado que le facilitemos una traducción jurada al español, así como una traducción jurada del certificado de su sociedad de clasificación que confirme que su buque está en estado de navegabilidad después del daño que se describe en su Nota de Protesta. Estamos ahora mismo trabajando en dichos documentos. Por favor, tenga en cuenta que el Capitán Marítimo ha ordenado que, en tanto no reciba lo mencionado arriba, su buque no podrá salir de Carboneras. Le mantendremos informado".

Según informó también Ronco y Cía SL a los armadores del buque, esa traducción fue requerida verbalmente por la Capitanía Marítima.

El día 29 de enero de 2008, el inspector de la sociedad de clasificación Lloyd's Register, D. Onesimo , emitió un certificado provisional en el siguiente sentido, tras la inspección del casco: "se vio que el exterior del casco del buque estaba ligeramente hundido desde la cuaderna nº 33 hasta la cuaderna nº 39, también se vio que las cuadernas y consolas estaban ligeramente deformados. El forro exterior en el saltillo de popa estaba ligeramente hundido en tres sitios, entre las cuadernas 13 a 16".

Según el resultado del informe, el buque estaba en condiciones de hacerse ala mar.

El día 30 de enero de 2008, D. Gabino informó que el buque sólo tenía un arañazo de unos 6 metros de largo a babor a popa, con una profundidad de 20-30 mm. También algunos arañazos a popa en la junta entre cubierta y el forro exterior, un total de un metro cuadrado ligeramente arañado.

El día 30 de enero de 2008, el Jefe del distrito marítimo de Garrucha y Carboneras informa al Capitán del buque, a través de su consignatario, que, previo al despacho del mismo, se deberá aportar informe de la Sociedad Clasificadora que especifique que el buque se encuentra en situación de efectuar sus navegaciones con seguridad.

El día 31 de enero el Fletador, Oldendorff, requiere al naviero para que informe sobre los daños y situación del buque, a lo que se responde en ese mismo día en el sentido de que el buque estaba listo para hacerse a la mar.

El día 31 de enero de 2008, Sertosa emitió factura de 3.722,63 €;, según tarifas vigentes por el servicio, girada a Vera Consignatarios, SA, que le fue satisfecha.

El día 31 de enero de 2008, el armador recibe vía fax la nota de protesta del práctico.

Ese mismo día 31 de enero, Holcim España SA presenta en este Juzgado una petición de embargo preventivo del buque Irán Hamzed, invocando el siguiente "crédito privilegiado": "daños causados por el citado buque en una de las grúas". Según la petición, el valor de la grúa era de 500.000 €;, más 277.000 €; por el desmantelamiento y 15.000 de proyecto de desmantelamiento.

Ese mismo día se dicta una providencia que acordaba que incoar los autos de mediadas cautelares previas 10/2008 de este mismo Juzgado y se requería a la peticionaria para que tradujera la documentación remitida en inglés.

Tras conversaciones telefónicas entre Holcim Trading SA y Holcim Trading SA, ésta última remite a 31 de enero a D. Matías un correo electrónico con el siguiente contenido: "según conversación telefónica, aceptamos vuestra confirmación de laycan 25 feb/2 marzo. Resto de condiciones como previamente acordadas para el primer laycam de enero". El día anterior consta firmado un nuevo contrato de compra similar al antes descrito, para carga desde 1 de enero de 2008 a 30 de abril de 2008.

El día 1 de febrero de 2008, la capitanía marítima tiene a su disposición el informe de la sociedad de clasificación, Lloyd's Register,

Mediante auto de este mismo Juzgado, dictado el día 1 de febrero de 2008, se acordó el embargo preventivo del buque en el procedimiento de medidas cautelares 10/2008, por un importe de 792.134 €;, a consecuencia de la caída de la grúa.

El oficio de detención del buque se remitió ese mismo día a la Capitanía Marítima de Almería tras consignar el actor el importe de la caución que se señaló en el auto, de 160.000 €;.

El día 1 de febrero Ondendorff remite un correo electrónico al armador del buque con el siguiente contenido: "We understand that the vessel has been arrested in connection with damages to the crane, berth adn installation. We would ask owners to confirm that their P & I Club are in negotiations with the claimants to agree security for the release of the vessel as quickly as possible. We should add that we are currently in discussions with our charteres to postpone the cargo stem for the vessel with the intention of re-employing the vessel on other business in mitigation of aur losses. Therefore, it is vital that the vessel is released as soon as possible for other employment. The vessel continues to be off-hire and we reserve our rights to claim all losses and expenses arising out of the accident. We reserve all our rights under the charter".

El día 5 de febrero de 2008, la inspección marítima de Almería pidió aclaraciones sobre el informe al inspector de la sociedad de clasificación.

El día 6 de febrero de 2008 la Capitanía marítima recibe esas aclaraciones.

El día 6 de febrero de 2008, compareció en las medidas cautelares 10/2008 D. Arcadio , en calidad de capitán del barco Irán Hamzeh y en nombre del armador Islamic Republic of Iran Shipping Lines, otorgando poder apud acta.

Tras consignación de la cantidad objeto de fianza, mediante providencia de 6 de febrero se acuerda el levantamiento de la detención del buque.

El día 7 de febrero de 2008 se emite el exhorto dirigido al SCNAE para notificación a la Capitanía Marítima del levantamiento de la detención.

El día 7 de febrero de 2008 la Capitanía Marítima despacha la salida del buque, que sale definitivamente del Puerto de Carboneras rumbo al Puerto de Algeciras.

En total, el buque estuvo en situación off-hire, declarado así por Oldendorff GMBH CO KG, desde las 17:20 horas del día 26 de enero de 2008 hasta las 14:42 horas del día 7 de febrero de 2008, esto es, 11.890278 días, que, a 56.000 \$ USA el día, hacen un total de 665.855,56 \$, a lo que habría que restar 16.646,39 \$ del 2,5 % de comisión domiciliaria, 16.646,38 \$ USA por la comisión del Broker y 575,34 \$ del cese de arrendamiento del mes natural.

El consumo de combustible fue de 1237,50 \$ USA y de 22525 \$ USA.

Desde el día 26 de enero de 2008 a 4 de febrero de 2009, atracaron unos 15 buques de tonelaje similar al Irán Hamzeh en el mismo muelle, y para su atraque se utilizan tres remolcadores, dos a proa y popa, que aguantan, y uno libre, que empuja.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Se entiende por abordaje el choque o colisión de un buque con otro, esto es, el acaecer entre dos embarcaciones, cualquiera que sea su clase o tamaño, por acercamiento o encuentro que ocasione choque o golpe más o menos violento de una embarcación a otra (STS de 6 de diciembre de 1929), siempre que origine daños. Es indiferente que la colisión se produzca entre buques cuando uno se encuentra fondeado (supuesto del art. [832 del Código de Comercio](#) , cuyas consecuencias son las de las averías simples, pero el supuesto sigue siendo abordaje), o, incluso, uno de ellos se encuentre atracado y el otro realice maniobras de atraque (supuesto de la SAP de Madrid 222/1998 -Sección 12-, de 25 marzo). También es indiferente la cuantificación de los daños a efectos de calificación del siniestro como abordaje: basta con abarlarlo un buque al otro (SAP de Las Palmas 758/2003 -Sección 3-, de 29 diciembre). Pero, en todo caso, se exige la implicación de dos o más buques, que al menos uno de ellos abarloe al otro, que haya una colisión, y que se generen resultados materiales lesivos. No es abordaje, por tanto, el encallamiento (salvo que sea consecuencia necesaria del abordaje, supuesto del art. [833 Ccom](#)) ni el choque de un buque contra un cuerpo fijo, como un muelle, dique o roca (STS [de 13 de junio de 2003](#)).

2.- Si no hay abordaje, la cuestión puede plantearse desde el supuesto de cualquiera otra pretensión que pueda ofrecer el ordenamiento jurídico, entre las que se encuentran la responsabilidad extracontractual del art. [1902 Cc](#) (STS [573/2003](#) -Sala de lo Civil, Sección Unica-, de 13 junio , y [680/2005](#), de 28 septiembre). Como dice la STS 698/1997, de 22 julio , la responsabilidad por abordaje es un supuesto concreto de responsabilidad extracontractual, en cuanto que el acometimiento de un buque por otro supone un acto ilícito. Siempre que se produce un abordaje, hay una infracción ilícita, concretamente, una infracción del Reglamento Internacional de prevención de abordajes en el mar, Convenio de Londres de 20 de octubre de 1972. En efecto, basta con leer los arts. [826](#) a [830 del Código de Comercio](#) para apercibirse que están basados en un acto ilícito que produce daño siempre que no hubiera caso fortuito o fuerza mayor, los clásicos presupuestos del art. [1902 Cc](#) (SSAP de Alicante 37/2004 -Sección 6-, de 20 enero). En el presente caso, esta es la acción impetrada por el actor, y, oblicuamente, la que también formula la reconviniente.

3.- El proyecto de Ley General de la Navegación Marítima del año 2009 establece, en primer lugar, que el

capitán ostenta la dirección técnica de la navegación del buque, asumiendo su gobierno efectivo cuando lo juzgue oportuno y, en particular, en las recaladas, maniobras de llegada y salida de puerto y, en general, en todas aquellas circunstancias en que resulte notablemente incrementado el riesgo de la navegación. En tales casos, el capitán acudirá al puente y asumirá directamente el gobierno del buque, sin perjuicio de los descansos necesarios para el mantenimiento de sus aptitudes físicas. En el ejercicio de sus funciones técnicas, el capitán deberá actuar en todo momento con la diligencia exigible a un marino competente (art. 232). No obstante, en los puertos o lugares en que se haya determinado la necesidad de la existencia del servicio de practicaje, éste será obligatorio. En tales casos, antes de entrar en las zonas de practicaje y con antelación suficiente para proseguir las operaciones de aproximación y demás maniobras requeridas con seguridad, el capitán del buque deberá cursar la solicitud de servicio, absteniéndose de llevar a cabo maniobra alguna que precise dirección asistida, salvo en caso de necesidad y hasta tanto el práctico no se encuentre a bordo (art. 53).

4.- En tal sentido, lleva razón la representación letrada de Sertosa en el sentido de que la dirección de la maniobra no le corresponde a los remolcadores, sino que la diseñan y la ejecutan, mediante las órdenes oportunas, el práctico y el capitán, según los casos. En efecto, en este caso estamos en lo que se ha venido a llamar un "remolque-maniobra", donde los remolcadores se limitan a asistir al buque con su fuerza motriz. Por eso, cuando el remolque tenga por objeto la asistencia del remolcador a la maniobra del remolcado se entenderá que, salvo pacto en contrario, la dirección de la maniobra recae sobre el mando del buque remolcado (art. 340), siendo así que capitán y práctico quedan obligados a planificar conjuntamente la maniobra del buque y, a tal efecto, a intercambiar la información necesaria para ello. Asimismo, capitán y práctico deberán colaborar recíprocamente durante toda la ejecución de las maniobras (art. 356).

5.- De estas normas puede decirse una responsabilidad conjunta de capitán y práctico en el diseño y ejecución de la maniobra de atraque. Pero con una serie de precisiones. En primer lugar, los daños se presumen que son responsabilidad del capitán, pues bajo su orden se ejecuta la maniobra (art. 357 del Proyecto). En segundo lugar, la responsabilidad del práctico está residenciada en inexactitud u omisión en el asesoramiento que el práctico debe prestar. Y, en tercer lugar, si concurre falta en el asesoramiento y falta en la ejecución, la responsabilidad es solidaria entre práctico y capitán (art. 358). Lo explica la exposición de motivos con los siguientes términos: "por lo que se refiere en fin al practicaje, que más allá del asesoramiento impone una actuación interactiva con el capitán (a quien corresponde la decisión última) y aún con la propia tripulación, la Ley considera como culpa exclusiva del práctico la producida en todos aquellos aspectos que de él también exclusivamente dependen (inexactitud, omisión del asesoramiento necesario, o falta de apoyo técnico debido), imputando, por el contrario, al capitán la falta o defectuoso seguimiento de instrucciones correctas y oportunamente recibidas, así como la incapacidad para identificar las insuficientes (que debe suplementar) o descartar las erróneas (que está obligado a corregir); y, dada la frecuente confluencia de culpas compartidas, la Ley quiere también que, cuando concorra falta del capitán o la tripulación del buque, su naviero quede sujeto a soportar los daños propios y venga obligado a resarcir igualmente los ajenos, aclarando el texto legal que todos los sujetos imputables (armador, capitán, práctico) serán responsables solidariamente, sin perjuicio de las acciones de regreso que a cada uno pueda corresponder en el reparto interno de esas culpas".

6.- Lo anterior no significa que los responsables de apoyar la maniobra mediante fuerza motriz queden fuera de toda órbita de responsabilidad. En efecto, ambos armadores serán solidariamente responsables ante terceros por los daños causados por el tren de remolque, salvo en la medida en que alguno de ellos pruebe que tales daños no derivan de causas imputables al tren de remolque. En todo caso, procederá el derecho de repetición entre armadores en atención al grado de culpa respectivo (art. 341 del Proyecto). Esta arquitectura, que parece que no verá la luz, se basa en un prurito de individualidad de responsabilidad, pues cada uno responde por lo suyo. Básicamente, el capitán, por defectos de ejecución de la maniobra, el práctico por defectos de maniobra, y el remolcador por defectos de la ejecución de la maniobra en lo que a él le incumbe, en su asistencia con fuerza motriz. No obstante, si la responsabilidad es compartida, o no puede determinarse el tanto de culpa, la responsabilidad es solidaria.

7.- La anterior regulación aún no está en vigor y puede que no lo haga nunca, pero, a pesar de ello, constituye una buena muestra del panorama internacional y nacional vigente. En la regulación actual vigente, la responsabilidad del capitán queda muy difusa, pues no queda claro quién es responsable de los actos realizados por el capitán: si éste o el naviero, con posibilidad de repetir contra el capitán. Ésta última es la postura que parece recoger el art. 618 del [Código de Comercio](#) . En torno a la responsabilidad extracontractual, parece aplicable la regla general del art 1902 del [Código Civil](#) , entendiendo que el

capitán es un dependiente del naviero, lo que implica que el naviero es responsable de los actos del capitán, salvo cuando pruebe que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño (art. [1903](#) del [Código Civil](#)).

8.- En lo que respecta al practicaaje, desde la Ley 27/1992, de 24 noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante - LPMM-, es un servicio público marítimo, hoy definido en el art. 81 de la [Ley 48/2003, de 26 de noviembre](#) , de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general. Hay que recordar que el Puerto de Carboneras, integrado en la Autoridad Portuaria de Almería, es un puerto de interés general, según resulta del anexo de la LPMM. Según el apartado 1 de dicho artículo 81 , se entiende por practicaaje el servicio de asesoramiento a capitanes de buques y artefactos flotantes para facilitar su entrada y salida y las maniobras náuticas dentro de los límites geográficos de la zona de practicaaje en condiciones de seguridad y en los términos que se establecen en la ley, en el reglamento del servicio y en el pliego regulador del mismo. Este servicio se prestará a bordo de los buques, incluyéndose en el mismo las instrucciones impartidas por los prácticos desde el momento en que partan de la estación de practicaaje para prestar el servicio.

9.- Nuestra legislación vigente y, en la medida que no cambie, el proyecto de navegación marítima, han tomado partido por las posibles concepciones de responsabilidad del práctico en función de su cometido, que sólo asesora o aconseja, pero no ejecuta las maniobras. Ahora bien, pese a la Ley 48/2008, la realidad vence a las disposiciones legales, y este es un caso paradigmático. Quien dio las órdenes al remolcador nunca fue el Capitán, lo que no es discutido, sino por los comandos de comunicación parten del práctico a los patrones de los remolcadores. Difícilmente puede sostenerse que el práctico sólo asesora o aconseja. Antes al contrario, fue el práctico quien definió (o tiene siempre definida) la maniobra, y fue quien iba ejecutándola, hasta el punto de que el Capitán advertía al práctico de las dificultades de la maniobra en su tramo final. Más aún, las dificultades idiomáticas imperan, así como la existencia de los remolcadores y de los canales de comunicación por radio.

10.- También establece la Ley 48/2008 , como una de las prestaciones de servicio obligatorias y básicas en los puertos de interés general la de remolque portuario (art. 60 de la Ley 48/2008). Y, a pesar de que el art. 83.1 de dicha Ley dice que los remolcadores van "las instrucciones del capitán del buque", la realidad es que en esta maniobra los remolcadores no se pusieron nunca a las órdenes del Capitán, sino que la orden de "aguante" la dio siempre, en tono imperativo, el práctico. Esto es pacífico, hasta el punto de que, según dice la patrona del Albireo, las maniobras las hace con "este u otro práctico". Nunca se pone a las órdenes de los capitanes o patrones de los buques, sino que se ponen a las órdenes del práctico. Pese a la configuración de asesoramiento, la realidad es que el servicio de practicaaje tiene "singularidad y especial incidencia del servicio de practicaaje en la seguridad marítima" (art. 64.6 de Ley 48/2008)

11.- Más ajustado a la realidad, pese a su vetustez, es el art. [612.7^a](#) del [Código de Comercio](#) , aún vigente, cuando dice que es inherente al cargo de capitán la de hallarse sobre cubierta en las recaladas y tomar el mando en las entradas y salidas de puertos, canales, ensenadas y ríos, a menos de no tener a bordo Práctico en el ejercicio de sus funciones. El reglamento de ejecución del servicio de practicaaje ([Real Decreto 393/1996, de 1 de marzo](#) , por el que se aprueba el Reglamento General de Practicaaje), sigue hablando de servicio de asesoramiento (art. 2), pero no puede olvidar que el práctico en realidad es un asistente y que no sólo asesora, sino que, además, da órdenes. Podrá no darlas a la tripulación del buque (esto sí sería una disfunción), pero sí que da órdenes a quienes cooperan, fuera del buque, a la maniobra, como en este caso. Como la naturaleza del servicio de practicaaje queda minimizada en relación con lo que concurre en la práctica, el Reglamento ha tenido que crear el instrumento necesario para que la Administración diga cuándo el práctico, además de asesorar, asiste en la maniobra. Es el caso de la Disposición Adicional Tercera del Reglamento de Practicaaje .

12.- Según ese precepto, el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente (hoy Ministerio de Fomento), a través de la Dirección General de la Marina Mercante, podrá establecer áreas de asistencia a la navegación en aguas situadas en zonas en las que España ejerce soberanía, como medida precautoria para evitar la contaminación del medio ambiente marino, a fin de salvaguardar las zonas marítimas sensibles desde el punto de vista medioambiental. De acuerdo con esta disposición, el práctico obtiene mayores responsabilidades, y, en contrapartida, se crea una especie de "élite" en el cuerpo de practicaaje, según continúa recogiendo la disposición en cuestión, puesto que puede dar órdenes que se imponen al capitán. En el juicio quedó claro que la estiba o carga del Irán Hamzeh, y otros buques en la terminal de carga del Holcim España SA, se efectúa de una forma extraordinaria, sin grúas (de ahí el desuso de la de autos), a través de un mecanismo especial de estiba mediante tubos, mangueras o guías. Se estiba de esa

manera, porque el material (cemento, en este caso Clinker) levanta polvo, lo que es perjudicial para las inmediaciones del Puerto. En efecto, el Puerto de Carboneras está en, o próximo a, el parque de Cabo de Gata-Níjar, lugar protegido por las normas de protección ambiental de la Comunidad Autónoma de Andalucía. No se ha dicho en el juicio, pero no sería de extrañar que el Sr. Juan Enrique esté enrolado en este cuerpo especial de prácticos que no sólo asesora, porque el puerto de Carboneras está en, o próximo a, el Parque Natural, con riqueza, no sólo paisajística y botánica, sino también en el medio marino.

13.- La anterior diatriba en relación a la función del práctico se extiende a la determinación de las funciones de cada profesional y su responsabilidad. El práctico presta sus servicios a requerimiento del Capitán del buque, tal y como le exige el art. 612.6^a del [Código de Comercio](#) : el capitán ha de pedir práctico a costa del buque en todas las circunstancias que lo requieran las necesidades de la navegación, y más principalmente cuando haya de entrar en puerto, canal o río, o tomar una rada o fondeadero que ni él ni los Oficiales y tripulantes del buque conozcan. En realidad no es a costa del buque, sino de quien corresponda. En contrato de autos sigue siendo responsabilidad del fletante o propietario (el "owner" de las pólizas del fletamento, el demandado) el pago de los servicios del práctico. En cualquier caso, si admitimos que hay un asesoramiento, la responsabilidad del práctico se limita a esto, y efectuará un servicio. En cambio, si es responsable de la maniobra, responderá de un resultado. Y en la jurisprudencia también queda claro que las funciones del práctico, por más que establezca el Reglamento vigente, como el anterior de 1958 , que sus funciones son de asesoramiento, lo cierto es que con la presencia de práctico a bordo, es el Práctico y no el Capitán el encargado de dirigir las maniobras pertinentes (STS de 19 de diciembre de 1991). Desde que suba a bordo el práctico, la navegación queda sometida exclusivamente a sus decisiones (SSTS [de 20 de septiembre de 1983](#) y 6 de marzo de 1985). Estaríamos ante un contrato de arrendamiento de obra.

14.- En cualquier caso, su responsabilidad no sólo se mide frente a su contratante, el naviero o capitán, sino también hacia el exterior, y por culpa ordinaria, culpa leve o grave. Sin perjuicio de la responsabilidad civil que para el capitán o naviero se establece en el artículo 618 del [Código de Comercio](#) , el práctico será el responsable de los daños causados al propio buque o a terceros, producidos por inexactitud, error u omisión en el asesoramiento de la derrota conveniente de la nave y de los rumbos o maniobras náuticas precisos para velar por la seguridad de la navegación. En todo caso, si el capitán se negase a seguir las indicaciones del práctico y, como consecuencia de ello, se produjesen daños al buque o a terceros, no alcanzará responsabilidad al práctico (art. 24 del Reglamento 383/1996). Caso de responsabilidad a terceros, ésta no es otra cosa que la aplicación del supuesto general del art. 1902 del [Código Civil](#) al caso concreto. Con relación a este precepto, la norma establece un límite de responsabilidad civil, y, en segundo lugar, establece una diferenciación de responsabilidad derivada de los actos de cada parte en la ejecución de la maniobra, su dirección o su asesoramiento. Así, el Capitán es responsable si se niega a seguir las indicaciones del práctico, mientras que el práctico es responsable en el caso de inexactitud, error u omisión en el asesoramiento de la derrota conveniente de la nave y de los rumbos o maniobras náuticas precisos para velar por la seguridad de la navegación, lo que incluye, sin duda, una correcta ejecución de la maniobra, puesto que están indicadas por él mismo.

15.- Con relación a la limitación de responsabilidad que invoca la representación letrada de la Corporación de prácticos (art. 104 de la Ley 27/1992, de 24 noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante), surge una pequeña polémica, al invocar la actora responsabilidad del práctico conforme a la disposición transitoria segunda de la misma Ley . En realidad, esta polémica después no se genera con más fruición, muy probablemente porque pasa desapercibida vistas las diferencias del resultado de dicha limitación y la cantidad reclamada en demanda. Pero, sobre todo, dicha Disposición Transitoria Segunda sólo le sirve al actor para demandar a la Corporación, no al práctico mismo. La Corporación de prácticos responderá de las actuaciones de prácticos, visto que estas corporaciones, reconocidas tradicionalmente en nuestra legislación, han sido admitidas con posterioridad, no sólo por esa disposición transitoria segunda , sino también por la Disposición Transitoria Octava de la [Ley 22/2003](#). Por tanto, la invocación de esa norma era correcta, y, por otra parte, su aplicación no impide la limitación de responsabilidad ex art. 104 de la [Ley 27/1992](#) .

16.- En relación a la actividad de remolque, se entiende por servicio de remolque portuario aquél cuyo objeto es la operación náutica de ayuda a los movimientos de un buque, denominado remolcado, siguiendo las instrucciones del capitán del buque, mediante el auxilio de otro u otros buques, denominados remolcadores, que proporcionan su fuerza motriz o, en su caso, el acompañamiento o su puesta a disposición dentro de los límites de las aguas incluidas en la zona de servicio del puerto (art. 82.1 de la [Ley 48/2003, de 26 de noviembre](#) , de régimen económico y de prestación de servicios de los

puertos de interés general). Claramente la norma regula el denominado transporte maniobra o portuario, como no podía ser menos para una norma que regula los servicios portuarios, que es el que se estaba llevando a cabo en el puerto de Carboneras el día del accidente. Su actividad queda mediatizada por la existencia de Capitán y práctico a bordo del buque transportado, pero, no obstante, y contra las alegaciones de Sertosa, su actividad no se agota con la asistencia de "fuerza motriz", puesto que el remolque siempre lleva consigo una "operación náutica". Por tanto, su actividad consiste en la realización de una serie de operaciones para conseguir un resultado, en este caso, el atraque final del buque en el muelle este del puerto de Carboneras, todo con independencia de la existencia de práctico y capitán a bordo, puesto que esa existencia sólo incide en el conjunto de responsabilidad o individualización.

17.- Respecto de la responsabilidad de los remolcadores, no cabe acudir al Derecho de los formularios, concretamente a las normas de la Standard Conditions for Towage and other services, como parece indicar, aun sin decirlo abiertamente, la representación letrada de Sertosa, inspirada en la ficción de que la tripulación del remolcador pasa a ser tripulación del remolcado (the tug is the servant of the tow, the tug and her tow being in law one ship), puesto que esta norma se encuentra frontalmente con la configuración de los servicios básicos portuarios que efectúa la [Ley 48/2003](#) (por cierto, conviene recordar a la representación de Sertosa que el art. 66 de la Ley 27/1992, de 24 noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, está hoy derogado). Y así, estos servicios deberán estar licenciados por la Autoridad Portuaria (art. 63), que se concederá si se garantiza una adecuada prestación del servicio de acuerdo con los requisitos técnicos, ambientales, de seguridad y calidad que se establezcan (art. 64.2 .a), y siempre que se preste garantías que aseguren el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades (art. 65.4 .p). La realidad es que también el régimen de responsabilidad del remolcador se basa en las normas generales de responsabilidad extracontractual del art. [1902 del Código Civil](#) , de modo que si el remolcador impide la culminación de la maniobra, aun cuando a bordo del remolcado se encuentren práctico y capitán, aquél será responsable y no éstos (STS de 19 de diciembre de 1991).

18.- No duda el juzgador de lo que dicen los profesores Ruiz Soroa y Pérez Gálvez, pero el hecho de que el contrato de remolque-maniobra tenga la naturaleza de un arrendamiento de servicios no quiere decir que se le exima de responsabilidad por el hecho de estar al servicio de un práctico, so pena de quedar siempre los remolcadores exentos de irresponsabilidad, cuando, al menos, existe un servicio por el que reciben un precio. Ciertamente, se trata de un arrendamiento de servicios, como dice la Sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao de 24 de octubre de 1988 que cita el profesor Ruiz Soroa, y transcribe Sertosa en su escrito de contestación. Pero incluso en ese supuesto, por el incumplimiento de ese deber de medios los remolcadores serán responsables si produce el consiguiente hecho dañoso por una actuación inadecuada e imprudente por su parte (SAP 497/2004 de Barcelona -Sección 15-, de 19 noviembre y STS [742/2009](#) -Sala de lo Civil, Sección 1-, de 18 noviembre). Como tal arrendamiento de servicios, de la prestación a la que se ha obligado Sertosa será responsable bajo los parámetros del cumplimiento contractual bajo diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias. La responsabilidad por negligencia concurre cuando, producido objetivamente el incumplimiento, el obligado no acredita haber actuado con el grado de cuidado exigible con arreglo a dichas circunstancias y haber concurrido circunstancias imprevisibles o inevitables que impidieron el cumplimiento en los términos convenidos (STS [de 12 de mayo de 2009](#) y las que en ella se citan).

19.- De lo anterior hay que concluir que, frente a las consideraciones que efectúa la representación letrada de la Corporación de prácticos en fase de conclusiones, nuestro sistema no está basado en presunciones de culpa. Lo hace parcialmente el Proyecto de Navegación Marítima, que no ha entrado en vigor y parece no que no verá la luz. Pero nuestro sistema vigente no recoge un sistema de presunción, ni siquiera por el capitán. La regla, para éste último, es que el capitán sólo es responsable "por impericia o descuido de su parte" (art. [618 del Código de Comercio](#)). La construcción correcta es la que efectúa el actor, pero con matices, porque la responsabilidad se mide en virtud de las reglas generales del art. [1902 del Código Civil](#) por daños producidos, no entre los interesados e implicados en la maniobra (buque, remolcadores y práctico), sino por daños ocasionados a un tercero. Ese régimen consiste en la individualización causal de los sujetos intervinientes, siendo la responsabilidad personal, salvo falta de identificación de la causa.

20.- Es el sistema que rige en common law, que parte de responsabilidad solidaria de los intervinientes cuando se trata de los responsables unidos entre sí por una relación de agencia (agency), de dependencia (vicarious liability) o entre los que existía un acuerdo previo de realizar en común la actividad que finalmente resultó dañosa (concerted or common action). Es el que también recoge el art. 50.1 del Código Suizo de las obligaciones: si varios tienen culpa conjuntamente del daño, sea como causantes, autores o cooperadores, responden solidariamente ante la víctima. Partiendo de la idea de la imputación objetiva o

de la noción general de la causalidad, será necesario identificar el sujeto que aporta mayor contribución causal a la producción del hecho dañoso, según el grado de participación en la producción del daño que respectivamente le incumbe. No obstante, por razones de seguridad e interés social, en cuanto constituye un medio de protección de los perjudicados adecuado para garantizar la efectividad de la exigencia de la responsabilidad extracontractual, si no es posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las distintas responsabilidades, la responsabilidad será de todos los sujetos intervinientes solidariamente, denominándose solidaridad impropia por nuestra jurisprudencia (SSTS [de 3 de abril de 1987](#) , 20 de octubre de 1997 , 8 de noviembre de 1999 , 24 de mayo de 2004 , 28 de octubre de 2005 , 31 de mayo de 2006 , 7 de septiembre de 2006 y 2 de enero de 2007).

21.- En suma, no es correcto el planteamiento de la actora. No le basta, para que haya una declaración de solidaridad impropia, la descripción pormenorizada de faltas náuticas de cada uno de los intervinientes en la maniobra. Según el actor, el capitán es responsable por no dar correctamente el cabo del esprín a tierra, el práctico por dar una orden inadecuada de empuje, y el remolcador por empujar inadecuadamente el buque. No es tan fácil para el actor, puesto que, como reitera la STS [de 16 de marzo de 2007](#) , aunque es posible una negligencia del Capitán provocada por el práctico, ello no significa que la negligencia del práctico determine en todo caso o necesariamente la responsabilidad del capitán, como efecto ineluctable de un comportamiento ajeno. Para que esa responsabilidad nazca, es preciso que el daño sea objetiva y subjetivamente imputable también al capitán. En suma, si es posible identificar al sujeto interviniente con relevancia causal en la producción de la maniobra, éste será responsable. Y, caso de que no pueda identificarse el sujeto que aporta la mayor causa eficiente, o puede llegarse a la conclusión que las concurrentes tienen la misma carga causal, la responsabilidad será conjunta por todos los intervinientes, y, ahora sí, bajo el principio de la responsabilidad solidaria impropia.

22.- Bajo estas consideraciones hay que analizar la responsabilidad del accidente de autos. Al estar residenciada la responsabilidad en el supuesto del art. [1902](#) del [Código Civil](#) , será necesario que concurren los clásicos presupuestos de la responsabilidad extracontractual. De todos, se discute fuertemente la relación de causalidad entre el hecho dañoso y la actuación culposa de todos los profesionales que intervinieron en la maniobra de atraque. Esto último, la negligencia, se define el comportamiento no ajustado a los cánones éticos, que contiene un elemento de falta de previsión, de falta de diligencia o de pericia. Esta concepción de la culpa no se deduce de un juicio de reprobabilidad subjetiva del comportamiento ni, por tanto, de la actitud psicológica del agente con sus dotes de inteligencia y prudencia (concepto psicológico), sino de la relación entre el comportamiento dañoso y el requerido en las mismas circunstancias concretas a fin de evitar la lesión de intereses ajenos; se trata de examinar la conducta llevada a cabo por quien no cumple los deberes que le incumplen, pues la existencia de culpa parte de una situación de deber, de un comportamiento exigible (concepto normativo), en la que, más que un concepto subjetivista, se atiende a la necesaria imputación del resultado a un sujeto (SSTS [de 22 de abril 1987](#) , 12 de julio de 1989 , 8 de febrero y 4 de junio de 1991 , 25 de febrero de 1992 , 10 de marzo de 1993 , 24 de diciembre de 1994 , 26 de septiembre de 1997 , 13 de junio de 2002 , 12 de diciembre de 2005 27 de julio de 2006 y 5 de septiembre de 2005). La cuestión deriva en un problema de causalidad, más que de la actuación culposa llevada a cabo por el agente, que se apreciará en el caso de cualquier infracción de la diligencia exigible de acuerdo con los parámetros del art. [1104](#) del [Código Civil](#) (omisión de la diligencia exigida según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar).

23.- En materia de causalidad, el Tribunal Supremo ha ido adoptando finalmente la teoría de la imputación objetiva, que exige apreciar, en primer lugar, una relación natural de causa-efecto, y, después, es necesario que el resultado dañoso sea imputable objetivamente al sujeto que produce la condición necesaria para la producción del evento dañoso. No se busca si uno de los elementos de la relación es la causa del resultado, sino si la conducta que se pretende sea la causa es suficientemente relevante para la producción del daño por el que se reclama (SSTS [de 6 septiembre 2005](#) , 12 diciembre 2006 , 28 de julio de 2008 y 23 de abril de 2009). Existen casos en que, si bien concurre la causalidad física o material, sin embargo no hay base alguna, en un juicio de causalidad jurídica, para atribuir participación o contribución causal de un interviniente. La imputación objetiva no se pregunta si uno de los elementos de la relación es la causa del resultado, sino si la conducta que se pretende sea la causa es suficientemente relevante para la producción del daño por el que se reclama (SSTS [de 6 septiembre 2005](#) , 10 febrero y 12 diciembre 2006 , así como otras posteriores). En este juicio, será necesario determinar qué sujeto ha incrementado el riesgo para la producción del resultado, siendo así que es necesario eliminar cualquier atisbo de imputación del resultado a un sujeto actuante por un curso causal hipotético (STS [de 5 de noviembre de 2009](#)).

24.- La doctrina ha ido sistematizando los supuestos en que se excluye la responsabilidad objetiva por ser imposible atribuirlo a un sujeto agente. Son los supuestos del "riesgo general de la vida" (si el curso causal que conduce a un resultado lesivo ha sido puesto en marcha por un autor mediato, pero en él, posteriormente, han intervenido acciones de terceros que resultan modos de actualización del riesgo habitualmente ligado a la existencia natural del dañado o a los que se desencadenan en la existencia humana en la forma de socialización y civilización correspondiente, no se deben imputar los daños al autor mediato). "Prohibición de regreso" (no debe imputarse el daño objetivamente a quien puso en marcha un curso causal que condujo al resultado dañoso, cuando en éste interviene sobrevenidamente la conducta dolosa o gravemente imprudente de un tercero). "criterio de la provocación" (que se ha desarrollado para los casos de previa actuación antijurídica del sujeto perjudicado). "Fin de protección de la norma" (no pueden ser objetivamente imputados a la conducta del autor aquellos resultados dañosos que se sitúen fuera del ámbito o finalidad de protección de la norma sobre la que pretenda fundamentarse la responsabilidad). Criterio del incremento del riesgo (no puede imputarse a una determinada conducta un concreto evento dañoso, si, suprimida idealmente aquella conducta, el evento dañoso en su configuración totalmente concreta se hubiera producido también con seguridad o probabilidad rayana en la certeza, y si la conducta no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso). Y "supuestos de competencia de la víctima", que cobra importancia sustancial en el presente caso: si en la producción del daño, el control de la situación corresponde a la víctima, es a ella a quien deben imputarse las consecuencias lesivas y no al comportamiento del autor mediato.

25.- En el presente caso, y frente a cualquier consideración legal sobre asesoramiento, quien diseñó caso la maniobra fue el práctico, y el Capitán se limitó a estar de acuerdo. Y no era una maniobra desacertada. El desacierto que afirma el Sr. Avelino (único que manifiesta que la maniobra fue incorrecta) se atribuye a la ejecución, pero no a su diseño. Esto explica que, como dijo el Sr. Arcadio en la vista de prueba anticipada, al subir a bordo el práctico, le comentó la maniobra, y el capitán accedió inmediatamente a su acuerdo; hecho lo cual, el práctico comienza la maniobra, dando orden a los remolcadores. Como era de esperar, el Sr. Arcadio no responde correctamente a la pregunta de si los remolcadores fueron informados del plan de maniobra. No lo sabe. Era la maniobra de atraque habitual en el puerto de Carboneras, y no sólo los remolcadores sabían del plan de maniobra, sino que ya la conocían de antemano. Así lo dice el patrón del V.B Almería, en el sentido de que recibieron instrucciones "normales" sobre la maniobra a realizar. Y lo confirma la patrona de Albireo: dio por hecho que el buque iba de popa a dársena y ni siquiera recuerda que se le indicara la maniobra el práctico.

26.- Bastaría con una simple indicación del tipo de maniobra, pues ya la conocían de antemano. Como dijo el práctico, a los remolcadores bastaba con decirles que "babor al muelle", para que éstos ya supieran cómo se desarrollaría la maniobra. El barco sólo puede entrar por popa, proa a la bocana del muelle, por seguridad. Por tanto, al Capitán se le explica la maniobra, sin que éste tenga más que decir ni más que añadir que aceptar la maniobra. No se trata de una maniobra consensuada, sino de la explicación de una maniobra al capitán que éste se limita a aceptar. Lo concluyente de la declaración del práctico llega hasta el punto de la obviedad. Se le pregunta en las diligencias de prueba anticipada por la representación letrada de los remolcadores quién decidió las maniobras, y dice que eso lo decide el práctico. Y se le vuelve a reiterar que quién ejecutó las maniobras, y responde yo, en este caso yo. En suma, la decisión en este caso fue concluyente. Fue el práctico quien decidió la maniobra, y quien la ejecutó.

27.- La secuencia del accidente -no de la maniobra- comienza una vez largados los cabos a tierra, los dos esprines. Hasta ese momento, y desde la finalización de la maniobra de ciaboga fuera de dársena, la fuerza la había proporcionado el remolcador albireo, que arrastra el buque hacia dársena. El otro remolcador, como él dijo en el acto del juicio, se limita a "hacer de hélice", o de timón. Simplemente, era arrastrado por la fuerza del primer remolcador. Los problemas comienzan cuando el remolcador Albireo se queda sin agua y ve la escollera muy cerca. Es en ese momento cuando el segundo oficial interpreta que está zozobrando y embarca agua a bordo (documento 2 de la demanda, nota de protesta del segundo oficial). La patrona del remolcador dice no recordar nada en concreto como extraordinario. Es normal que embarcara agua, siendo así que el remolcador está preparado para que escasee en un momento dado, según dice. Si se ven las fotografías que aporta el actor a su demanda (documento nº 4), así como en el dictamen Don. Avelino, de la contestación de Sertosa, se ve que estos bajeles son de poco calado, lo que significa que, transportando un buque de muchas mayores dimensiones, el que embarcara agua y que sufriera durante el empuje es, efectivamente, algo normal. Lo que le preocupa a la Patrona no es que embarcara agua, sino que se estaba quedando sin calado al aproximarse a la escollera; para no sufrir daño alguno, se lo comunica al práctico y espera órdenes. Éste confirma en sus declaraciones que se le advirtió de la circunstancia. Y la patrona también confirma que advirtió la circunstancia al práctico, y que le dijo que sí

había calado.

28.- El práctico tiene como función el asesoramiento en la maniobra precisamente porque conoce todo el calado de los puertos donde sirve, y, como sabe que sí hay calado, no le da importancia, pero sí le da el orden de que se retire y se coloque a estribor del buque. Ya había terminado la maniobra de aproximación, y el buque estaba largando esprín, por lo que su trabajo de arrastre había terminado. Es correcta la orden de retirada de la escollera, de forma que el práctico sitúa el remolcador en un lugar más apropiado, al costado de estribor del buque por si se le requiere para otros menesteres, como de hecho ocurrió. La orden se la da el práctico, y, además, se le pide que avise para cuando esté lista la Patrona para empujar sin que hasta ese momento hubiese algún toque con la grúa. En efecto, una vez en posición el remolcador, avisa la patrona Albiere de que está lista para ejecutar cualquier otra orden, que fue la de empujar.

29.- Estos dos movimientos son también avistados de lejos por el patrón del V.B Almería, que ve cómo el Albireo se encuentra en la escollera y, en un momento dado, ciaboga y se coloca tocando el costado de estribor del buque, próximo a la aleta, sin saber si empuja o no. Confirma también la existencia de orden de retirada el estibador de Holcim, que seguía la maniobra por el canal 12-VHF. E igualmente, confirma esta declaración, el Sr. Martín, botero del práctico: el remolcador se encontraba ya pegado a estribor del buque en el momento en que se le ordenó el empuje. Por supuesto, en esta maniobra, el remolcador invierte un tiempo, pero lo que queda claro, más allá del tiempo que se haya invertido en esa maniobra en el caso en concreto y de lo que resulte de la nota que dio la Sra. Luisa, es que se encontraba lista para empujar al costado del buque cuando recibió la orden. Las dudas que siembran el letrado de los remolcadores y Don. Avelino sobre el tiempo invertido en la maniobra de aproximación de escollera a costado del buque son intrascendentes, porque ese tiempo ya se ha invertido al momento de recibir la patrona la orden de empuje, fuera de los tiempos que recogen las notas de protesta, que siempre son emitidas, aproximadamente, una vez ocasionada la avería.

30.- Es cierto que la actora funda la responsabilidad de los demandados en lo que la reconviniente ha venido en llamar la "teoría del esprín". Según el Sr. Arcadio, el esprín no está diseñado para paralizar el buque, sino para evitar que se mueva, adelante o atrás. No obstante, en su nota de protesta hace constar que "at 1712 stop eng and first line ashore-aft spring. due to jetty about 100-120 mts length, only springs are available as a first lines ashore. Esto es, se paran las máquinas y se dan los esprines, únicos que se pueden dar para la maniobra por la envergadura del buque en relación al muelle. A continuación dice que "Vsl hold the aft spring to stop astern movement". En la prueba anticipada, el Sr. Arcadio precisa que el esprín se da para detener la inercia del buque, que, como dijo el práctico, sólo tenía del drifting, esto es, un movimiento inercial hacia popa, sin motor. Asimismo, cosa que no expresó en la nota de avería del práctico, el esprín se quedó enganchado en la primera defensa. Pues bien, por más que se intente precisar en el juicio, lo cierto es que el esprín se dio para algo, y se dio para detener el buque, al menos en su movimiento inercial. Más en concreto, para asistir la maniobra y detener el buque en su movimiento inercial hacia norte, hacia atrás. Lo que ocurre es que ese movimiento, por parada de máquina, y por el hecho de que el remolcador Albiero había detenido su remolque, era ya muy pausado: un drifting o movimiento inercial. Se dan los esprines, los dos, precisamente para esa función: detener el movimiento inercial. En el fondo, esa también es la posición defendida por Don. Avelino: el hecho de parar máquina no quiere decir que no haya inercia, y por eso se largan los esprines.

31.- La maniobra es correcta: si el buque va hacia atrás, lo correcto es largar los esprines para detener el buque. En este punto, se aplicaría la excepción Don. Avelino: "la maniobra es correcta si existe una necesidad de prevenir que el buque vaya atrás". Y se dan los dos cabos. Se precisa que uno de los esprines se enganchó en la defensa, y surge la polémica de si esa circunstancia da lugar a la modificación de la maniobra u ocasiona su incorrección. El Sr. Arcadio dice en el acto de la prueba anticipada que, ante la circunstancia, el defecto se corrigió mediante la actividad de la tripulación, que no desengancharon el esprín, sino que lo tensaron. Lo dijo a respuesta de preguntas de dos de los letrados. Y es que el único que defiende alguna incidencia negativa en esta circunstancia es Don. Avelino. Nadie defiende que la circunstancia modifica la secuencia de la maniobra. Ni siquiera el operario del muelle, Sr. Jose Carlos, testigo de la actora, defiende que esta circunstancia modifica la maniobra, sino que, tras engancharse el esprín, no le hacen mucho caso. Se soluciona tensándolo desde cubierta. La secuencia continuó sin más, puesto que no se trataba más que de una circunstancia anodina. Hasta tal punto es así que los oficiales del buque no hacen constar la circunstancia en sus notas de protesta. Sólo el práctico hace constar la circunstancia, pero en el acto de la prueba anticipada sostiene que la circunstancia es anodina y sin importancia. Es cierto que en un primer momento da importancia a la circunstancia, pero después, en el

momento del careo, se retracta. Y, definitivamente, en el momento de su declaración en el juicio, deja claro que el esprín no tuvo nada que ver en el accidente.

32.- Y es que no basta con decir que el esprín se ha enganchado para imputar responsabilidad por la colisión con una grúa a los profesionales que intervinieron en la maniobra. El actor no explica qué relación de causalidad hay entre el enganche del esprín y la colisión. Las funciones de los cabos a tierra una vez parado el buque, no son otros que evitar del drifting del buque, hacia delante (los largos), hacia atrás (los esprines) y hacia fuera (los traveses). En este caso, para la maniobra se dan primero los esprines, porque el muelle era muy pequeño en relación con la eslora del buque, y porque éste tenía un movimiento inercial hacia atrás: no se pueden dar los largos, dijo el práctico. El esprín no tiene por función evitar el movimiento hacia adentro del buque, que es el que ocasiona el accidente: para eso está otro cabo, pero no el esprín. Incluso en algunos puertos los atraques también se hacen con cabo largado hacia el interior de la dársena, unida a un muerto, para impedir movimientos hacia adentro, pero ese cabo que se da hacia fuera no es precisamente el esprín. Incluso aunque el sprín estuviera inutilizado por el enganche a la defensa, es necesario un empuje hacia adentro, que no lo puede producir el esprín, ni tampoco lo evita.

33.- En el acto de la prueba anticipada llegaron a plantearse hipótesis al práctico, que no están confirmadas: es el caso de la ruptura de la defensa por el hecho de haberse enganchado el esprín a ella, o "quedara en banda" como dicen algunos testigos. Más aún, la actora insiste en la circunstancia en las preguntas al Sr. Camilo . Se trata de una mera anécdota para insistir en esta circunstancia, porque la defensa no consta que se rompiera o quedase destruida por la acción del esprín. Por otra parte, que el esprín no pudiera ser virado, según la nota de protesta que emite el práctico, no significa más que una mera imposibilidad, pero no cabe extraer de esa imposibilidad de virar el esprín consecuencias hipotéticas que no se han producido. Desde luego, no se ha destruido la defensa. Y, por otra parte, de las fotografías que aporta la atora se aprecia, en primer lugar, que el buque estaba parado, y, contra lo que dice el testigo de SGS, no consta que haya paladas de la hélice del buque, signo de que el buque estaba parado y sin arrancada.

34.- Otra hipótesis sugerida por la representación procesal de los remolcadores consiste en entender que los esprines se dan para seguridad de la maniobra. Si por seguridad se entiende conseguir culminar la maniobra de atraque, sí que tendrían esa función. Es imposible dar los largos, por el drifting del buque hacia atrás y por la eslora del buque, con lo que se consigue ayudar la maniobra a través de los esprines; pero estos cabos, en sí mismos, no están destinados a evitar choque alguno, sino a ayudar la maniobra de atraque. Más aún, en el acto del juicio siguieron las hipótesis, como la de cancelar la maniobra al momento de surgir algún incidente; muy probablemente, de seguir esta recomendación, se daría lugar a constantes paralizaciones, pues siempre surgirán incidentes por sencillas que fuesen en el atraque de un barco. Por supuesto, las opiniones sobre la maniobra de atraque del representante de SGS, Sr. Victorio , vinculada al menos comercialmente con la actora, son una mera anécdota, pues, más allá de las opiniones que quiera dar, no es un profesional de la marina, y, desde luego, no le va responsabilidad alguna en la maniobra de atraque.

35.- Pero es que en el presente caso consta que el empuje hacia adentro lo ocasiona una fuerza en concreto extraña al esprín: la que da el remolcador. La colisión se produce por un juego hacia el muelle de la aleta de babor, por lo que es necesaria una fuerza hacia adentro. Pues bien, el esprín, enganchado o no, no puede generar esa fuerza, y, caso de que otro elemento extraño la genere, sólo un largo hacia la dársena contrarresta esa fuerza. Por si hubiera alguna duda sobre el particular, el práctico, al principio de su declaración en la vista de prueba anticipada, defiende que el enganche del esprín pudo tener alguna influencia en el accidente porque no se podía trabajar con él. Tampoco él precisa en qué forma se concreta esa incidencia en el accidente, puesto que una cosa es la incidencia, y otra distinta es que el esprín genere la fuerza hacia dentro del muelle, o que evite ese movimiento. Ninguno de esos efectos los produjo el esprín. Como no se sostiene, en el careo con el Sr. Arcadio termina por rectificar: no hay incidencia alguna por el esprín, y esa versión final la confirma también el práctico en su segunda declaración en el acto del juicio. En cualquier caso, en el momento del careo de la prueba anticipada 17/2008 del pasado día 26 de marzo de 2008, los dos profesionales de la navegación, definitivamente, dicen que el hecho de que se encapille el esprín en una defensa no pudo evitar la colisión.

36.- La prueba de que el esprín pudo trabajar, efectuando su función, y que su intervención en el accidente es insustancial, se deduce del diseño de la maniobra, tal y como la explicó el práctico en el acto del juicio a partir del momento de que se dan estos cabos. A preguntas de la representación letrada de los

remolcadores, dice el práctico que el barco venía siendo arrastrado hasta quedar a unos veinte metros del cantil del muelle, y, en ese momento, se largan los esprines, que ayudarían a detener el buque y aproximarlos. Según se deduce de las fotografías que aporta la actora (documento nº 4), que no se han impugnado, es de ver cómo el buque se encuentra, en una primera secuencia, separado del dique a unos veinte metros (1ª fotografía), con los esprines dados. Los dos esprines trabajan, porque la siguiente secuencia (fotos 2ª y 3ª) muestra el barco tocando las defensas del muelle. Y la siguiente secuencia consiste en la separación del buque por popa (foto 4ª). El esprín no pudo producir esa separación, puesto que hasta ese momento había trabajado con su cometido, a pesar de que uno estaba encapillado en la defensa: se consiguió alienar el buque, hasta el punto que, hasta ese momento, los remolcadores no trabajaron, sobre todo el de proa, que es pacífico que nunca empujó. Sólo cuando se produce ese desplazamiento por popa, por una causa distinta de la del esprín, se da orden a Albireo para empujar.

37.- Y esa causa es el viento de levante reinante en la zona. A partir de la aproximación, surge el imprevisto del viento, que separa la popa del buque unos quince metros según el capitán. Diez metros según el práctico, que también confirma que, tras un primer toque en la defensa del puerto, después de indicarle al remolcador Albireo que se saliese de la escollera y se colocase a estribor del buque, se fue abriendo el buque por popa por la acción del viento, unos quince metros. Incluso en el acto del juicio dice el práctico que se abre la popa unos 40 metros. Esa brisa está también confirmada en el diario de navegación del buque, que aporta la reconviniente. Según el práctico, aun cuando la fuera no era muy acusada (fuerza 2 o 3), dio lugar a ese efecto, muy probablemente porque el buque tenía mucha obra viva consecuencia de no estar cargado. Desde luego, es anecdótico la declaración Don. Victorio en el sentido de que hay un primer toque a muelle y se abre la popa, como si el muelle fuera de goma. Si ese testigo dice que hay un primer toque contra el muelle, es imposible que con un toque sobre una superficie fija y dura salga el buque rebotado a más de diez metros hacia el interior de la dársena. La existencia del viento de levante y su incidencia en la separación es aceptada incluso por Don. Avelino (página 14 de su informe).

38.- No obstante, en la página 16 del informe, Don. Avelino dice que "el capitán en ningún momento hace referencia a las condiciones meteorológicas existentes, que de haber sido importantes se habrían citado como causa o consecuencia". Todo lo contrario, constan las condiciones reinantes en la zona en el diario de navegación, de donde surge el hecho probado más arriba indicado (hecho 56). Lo que ocurre es que Don. Avelino sólo ha utilizado la documentación que le interesa: las dos declaraciones escritas de los patronos de los remolcadores, que son sus propios clientes, que no se han conocido hasta que Sertosa contesta a la demanda, y que fueron emitidos para preparar ese dictamen, sin estar dirigidos a las autoridades marítimas al contrario que el resto de notas de protesta. Y sigue diciendo Don. Avelino : "el que un profesional las cite y la clasifique como fuerza 2-3 de Boeufort (de 4 a 10 nudos de velocidad de viento) de flojito a flojo, es decir, de muy baja fuerza e intensidad", por tanto, "puede asegurarse que en tales condiciones de tiempo no constituían un escenario que condicionara en exceso la maniobra que efectuó el Irán Hamzeh en el puerto de Carboneras". El razonamiento puede ser válido, pero Don. Avelino debe de explicar qué otra fuerza es la que provoca la separación de la popa del barco. Y no vale la teoría del par de giros, porque ese par de giros produce, según el perito, el acercamiento del buque a muelle por babor, efecto contrario al que se produjo en el día de autos en un primer momento. Lo que se produjo fue que la popa se separa del muelle, lo que justifica la orden de empuje. Y si no es el viento, debe de darse la alternativa, sin que baste negar al viento ese efecto.

39.- Como dijo el testigo representante de SGS, hubo dos toques en la maniobra. Una primera que da lugar al toque del buque en las defensas, y una segunda, que constituye el accidente. Lo confirma el estibador de Holcim y el práctico: un primer toque en las defensas y otro definitivo, cuando el práctico ordena al Albireo empujar. Son las dos inercias conjuntas las que dan lugar a separarse al buque: un primer toque con las defensas, que amortigua el choque, y, con la acción del viento, el buque termina separándose del muelle por popa. Pero Don. Victorio va más allá, y defiende que la maniobra resultó con incidencias imprevistas. Se aparta con ello de todos los profesionales de la navegación, que dicen que la maniobra fue correcta, en su diseño y ejecución, hasta el momento del empuje. Que Don. Victorio da un testimonio fuera de la que pueda dar un profesional de la marina se deduce del hecho de que manifiesta que la velocidad del buque es excesiva, y precisa que la velocidad en el segundo toque (el que produce el impacto) es superior que la primera (la de aproximación al muelle). En todo caso, su versión es contradicha por el estibador del buque que sí se encontraba en la terminal de Holcim, y que manifiesta que la velocidad del buque siempre fue correcta.

40.- Si hubiera que contrastar esta declaración con la de los profesionales de la marina, hay que confirmar

que no existía arrancada al momento de la aproximación final (velocidad inferior en este momento), y que la aproximación que ocasiona la avería se produce por una fuerza extraña a la arrancada (empuje a carnero de un remolcador). Sí que hubo dos toques con el muelle, como dice Don. Victorio . Primero con las defensas del muelle, y segundo con la grúa a través del toldillo de popa, una vez que ésta se introduce en el interior del muelle. Lo que no se acepta, por no corresponder con las fotografías que aporta la proponente de este testigo, es que el primer toque se produjera con el muelle en sí y no con las defensas. Dice el testigo en ese primer toque salió humo del muelle, signo de que el buque había impactado con el hormigón del muelle. Es cierto que el buque toca el muelle y le causa daños (fotografía número 5 de las aportadas de documento nº 4 de demanda). Y se aprecia en esa fotografía una raspadura en el cantil justo al lado de una defensa. Si el buque efectúa una primera aproximación en paralelo al muelle (fotografías 1 y 2), esa aproximación da en las defensas, no en el muelle. Sólo cuando se produce el balanceo por el empuje del remolcador se justifica que el codaste incida en el muelle (popa dentro del muelle y proa hacia el interior de la dársena). También esta versión de ese testigo es contradicha con el estibador de Holcim, Sr. Laureano . Hay que tener en cuenta que este testigo ve la maniobra con vista a popa, desde el muelle de Endesa, aproximadamente, con lo que no puede precisar cuándo se produce la parada de máquinas.

41.- Quedando acreditado que el empuje que produce el accidente lo ocasiona el remolcador, surge al discusión sobre su fuerza de empuje. La discusión se desarrolló en la vista de las diligencias de prueba anticipada. Según el Sr. Arcadio , la fuera era total, con toda la fuerza, según él pudo sentir y le dijo su segundo oficial. Según el práctico, listo el remolcador para empujar -esto es, apoyado en el costado a la espera de órdenes-, le dijo al remolcador que empujase, y así lo hace, en el costado de estribor a la altura del puente, más allá de los finos de la aleta de estribor. El otro remolcador, que se encontraba en la amura de estribor, no fue requerido para empujar porque el barco se había separado por popa. Así lo confirma el patrón del remolcador V.B Almería, Sr. Luis Antonio . Parece que el Albireo dio un solo toque a carnero, suficiente para que, como afirma el práctico, el buque cogiera inercia hacia el muelle. Por estos motivos, el Capitán responde de modo evasivo y vagó en el momento del careo sobre la fuerza del remolcador: no puede confirmar esa supuesta fuerza excesiva, simplemente es una mera apreciación personal.

42.- La explicación del práctico es más racional: un remolcador con la potencia de 45.000 CV no puede empujar con toda la fuerza, so pena de "meter el barco en el muelle". En realidad bastó con una potencia mínima para que el barco iniciara inercia hacia el muelle. El resultado del careo es definitivo cuando, al ser explicadas las circunstancias indicadas al capitán, explicadas con el práctico, el capitán dice que el práctico, en la maniobra, indicó al remolcador que empujara "poco, poco", y finalmente, "stop", que dejara de empujar. Como era de esperar, la patrona del remolcador confirma que la potencia fue mínima, que, además, fue así advertida por el práctico al dar la orden de empuje. No hubo potencia máxima, sino mínima, suficiente para empujar el buque y que cogiera inercia hacia el interior. Se defiende por todas las partes que el golpe fue mínimo. Y así fue, porque la sociedad de clasificación Lloid's Register no opuso problemas sustanciales a la navegabilidad del buque a pesar de los arañazos, y la grúa no se cayó en el momento del toque, sino una semana después.

43.- Y a partir del empuje y la inercia recibida por el casco del Iran Hamzeh, comienza la descoordinación. Se le dio orden la práctico de que aguantase unas cinco veces, y no lo hizo. Cinco veces dice el práctico, y confirma el capitán que al menos le dijo unas tres veces que aguantara, siendo así que el práctico le repetía al remolcador que "poco, poco". El botero del práctico, también con el canal 12-VHF, confirma que hay una orden de empuje, y al menos tres de aguante. Tres o cuatro veces, y fuerte, dio la orden el práctico, según el estibador de Holcim. Y la orden era clara, tal y como dijeron práctico y patrones de los remolcadores. Las órdenes son "empuja" y aguanta", y en este caso se emitieron con total exactitud. Más aún, esas órdenes son habituales, y se responden por radio por el patrón del remolcador en el sentido de "remolcador empujando" o "remolcador aguantando", sin que existan problemas de interpretación de esas órdenes. El marinero del bote de prácticos, Don. Martin , parece que le dijo al práctico que el remolcador interpretó mal la orden. Se le dijo que aguantara, y no lo hizo. Asimismo, esto es lo que dijo el práctico en el acto de la vista de prueba anticipada: no podía ver el trabajo del remolcador porque se encontraba al otro costado con el capitán. Era lo que le indicó su marinero, el botero.

44.- La falta de aguante se sigue desde otra perspectiva empírica. Los dos remolcadores dan cabo al barco, y ese cabo lo proporcionan ellos -es usual en los contratos de remolque y así viene a recogerse en los formularios tipos de los contratos de remolque-maniobra-. El empuje es a carnero, esto es, con contacto de la proa del remolcador y el costado del remolcado. Y el aguante implica tensar el cabo que une el remolcador y el remolcado. Para tensar el cabo se necesita una palada atrás por el remolcador, con

el efecto de separación entre la proa del remolcador y el costado del buque. Pues bien, según dijo el práctico en el acto del juicio, porque así se lo dijo su marinero, el remolcador nunca se separó del costado del buque. También se aprecia esta circunstancia en las fotografías que aporta la actora. Sin duda, puede llevar un tiempo, pero los términos de reacción en estos casos no son extraordinarios, y, desde luego, no duran un minuto o más. Sí dura más de un minuto el cambio de situación del remolcador desde la escollera al costado del buque, pero no tensar el cabo, donde basta, separarse con una palada de motor atrás. Bastaba una simple palada atrás para separarse del costado, y ni el práctico, ni las fotografías que aporta el actor, demuestran que el Albireo se separase del costado para aguantar. No acepta el juzgador que esa maniobra requiera tiempo, como defiende Don. Avelino . Las órdenes son claras, perfectamente comprensibles como dijo la Sra. Luisa , y bastaba, según el práctico, una palada atrás.

46.- Lo confirma la patrona del Albireo: oye la orden de aguante, y comenzó a separarse del buque para aguantar, comenzando la maniobra, pero no le dio tiempo de aguantar, pese a que, según dice, recibió la orden de aguante dos veces. No se trata de que Doña. Luisa haya enloquecido para no obedecer la orden de aguante, como dijo la representación letrada de Sertosa en fase de conclusiones: ella misma dice que recibió la orden, la interpretó correctamente e inmediatamente se puso a ejecutarla. Se trata de que, por las razones que fueran -falta de experiencia, falta de acoplamiento entre práctico y patrón del remolcador-, no le dio tiempo a aguantar. También rechaza el juzgador que esa orden de aguante haya de ser emitida al otro remolcador, como parece insinuar el letrado de Sertosa a preguntas a los profesionales de la marina, Sr. Leopoldo y Sr. Camilo . Si se acepta que hay un desacople de la popa respecto del muelle, una simple regla de razonamiento aconseja actuar sobre esa parte del barco, no sobre la contraria.

47.- La causa puede ser la falta de entendimiento de los dos profesionales de la marina mercante. Según el práctico, la patrona del Albireo no tenía mucha experiencia al advertirle ésta última que se quedaba sin agua en la escollera. Por eso la aparta de la escollera y le ordena ponerse al costado del buque. También le advierte que le diga cuándo está lista para empujar, y, según dijo el práctico, esto se lo dijo porque se dio cuenta que carecía la patrona de experiencia, pues es la primera vez que en ese muelle hace esa maniobra. La patrona dice que esa maniobra la había practicado en otros muelles, y con otro práctico. Parece que, más que falta de experiencia, lo que ocurría es que no se conocían los dos profesionales y no se acoplaron el día de los hechos. Sobre la fuerza del remolcador, el práctico dijo que empujara, y dio potencia mínima (de las tres disponibles: mínima, media o con toda). Era una potencia mínima, la suficiente para que el caso iniciara su recorrido hacia el muelle. Pero, en cualquier caso, según dijo el práctico, desde que se le da orden de aguantar hasta que se produce la colisión, durante ese lapso, hay tiempo suficiente, según el práctico (no rebatido) para que el éste repitiera varias veces de orden de aguante y para el remolcador ejecutase la orden, lo que no hizo.

48.- Por todo lo anterior, el juzgador rechaza el dictamen Don. Avelino . En la página 5 de su informe se refiere al par de giro que puede producir el esprín de popa. Como dijo Don. Leopoldo en el acto de la vista, no ha lugar a esta teoría, porque el perito olvida que no se dio uno sólo, sino los dos esprines, lo que conlleva que ese posible par de giro que acerca la popa al muelle viene compensado por el consiguiente par de giro que también efectúa el esprín de proa. Por otra parte, nadie, ni siquiera los estibadores de Holcim, vio que ese par de giro se produjese, ni que la popa se aproximase peligrosamente al muelle al dar ese esprín. Simplemente hacen notar que el esprín cayó a banda. Tampoco las fotografías dan a entender ese efecto. Como fórmula teórica puede parecer correcto, pero se rechaza que ese efecto ocurriese en el caso que nos ocupa. Por otra parte, parece desprenderse de ese movimiento que se da lugar a la colisión, cuando todos los testigos, incluido el representante de SGS, dicen que en una primera aproximación del buque a las defensas, no hubo choque con la grúa.

49.- No es cierto que los remolcadores tardasen mucho tiempo, más de un minuto, en ponerse en posición de empuje a carnero. Los remolcadores estaban listos para empujar antes del accidente. Tampoco es cierto que el buque toque la grúa en la primera aproximación. En efecto, hay dos golpes, pero el choque con la grúa es por el segundo, no en el primero, porque así lo dicen los profesionales que intervinieron en la maniobra, incluidos los profesionales para los que emitió su informe, los remolcadores. Es más, Don. Avelino se aparta de lo que dicen sus propios clientes. El remolcador del V.B. Almería dice que la maniobra era correcta, y se iba desarrollando con normalidad, sin que se apercibiese de incidencia extraordinaria alguna durante su ejecución. Se queja Don. Avelino de que el práctico no sabe qué es babor o estribor, a través de la nota que emite la patrona de Albireo. Nada más lejos de realidad; los términos derecha-izquierda son términos convencionales, y los de estribor-babor también. La noción general puede modificarse en el caso concreto, como de hecho reconoce Doña. Luisa : el práctico invierte los términos de babor-estribor dependiendo de la dirección que lleva el buque, y lo explica al inicio de la

maniobra, y los remolcadores siguieron esas indicaciones. No se advierte, en todo el periplo de la maniobra, que, por la modificación específica de los términos generales, se haya producido una confusión generalizada al ejecutar las órdenes del práctico.

50.- A la vista de las declaraciones de todos los profesionales de la marina mercante que han depuesto (y lo han hecho todos los implicados, con excepción de la tripulación del Irán Hamzed), las consideraciones Don. Avelino sobre la falta de tiempo para llegar al costado de estribor del buque y empezar a empujar a carnero se consideran fuera de los hechos que realmente sucedieron. Su propia cliente, la patrona del remolcador Albireo, le desmiente. No es cierto que la orden de empujar a carnero se diera en el momento de que el remolcador se viera en la escollera. En tal caso, sí que se necesita la ciaboga, avante al buque y ulterior reviro para colocarse proa al costado del buque, lo que conlleva más de un minuto para efectuar todas esas maniobras. Se trata de que, antes de la orden de empuje, antes de darse los esprines, el práctico le ordena a la patrona que abandone la escollera y se coloque a carnero, y dice Doña. Luisa : "me preguntó, ¿estás parado? Y respondo en dos ocasiones: Albireo parado". Esto es, cuando se da la orden de empuje, el remolcador no se encuentra en la escollera, contra lo que dice Don. Avelino , sino que se encuentra en el costado de babor del buque listo para empujar.

51.- Más aún, el juzgador no alcanza a comprender cómo se critica la maniobra de salida del buque una vez ocasionada la avería. Nadie, ni siquiera el actor, se queja de que, con ese movimiento de salida el pantoque hubiera invadido el muelle. Como no fuera por un mero divertimento y un afán de criticar en todo punto de la maniobra, puede ser correcto, pero se enjuicia una avería efectiva, no una inexistente. Acepta, por otra parte, el juzgador que Don. Avelino utilizó documentación que no se dio a conocer desde un primer momento a las demás partes. Las notas escritas que emiten los dos patrones de los remolcadores quedan aportados como documental anexa al informe Don. Avelino , al contrario que el resto de las notas de protesta, que son emitidas de forma inmediata y para las autoridades de marina. Pero, además, no ha utilizado otra documentación que sí está en los autos y a disposición de todas las partes, y, en concreto, la de los profesionales de la marina que dan su propio juicio: el del capitán y práctico en la vista de prueba anticipada. El informe del Sr. Martí es claramente sesgado, y, en realidad, basta con una lectura somera para entrever que el perito se limita a parafrasear las notas de sus clientes, y, a continuación, emitir un juicio teórico de los efectos de cada maniobra, con independencia de que esos efectos teóricos se hayan producido o no en la avería que nos ocupa.

52.- De todo lo anterior, se deduce que la causa eficiente o natural de la producción de la avería fue el empuje del remolcador Albireo sobre el costado de babor del buque. Sobre el particular, la contestación a la demanda de Sertosa dice que no hay protesta alguna contra Sertosa en el informe del práctico a la capitanía Marítima. Cita al efecto el art. 23 del [Real Decreto 393/1996, de 1 de marzo](#) , por el que se aprueba el Reglamento General de Practicaje. Tal precepto regula las protestas de mar a emitir por los prácticos, en el sentido de que el práctico debe dar cuenta de forma inmediata a la Capitanía Marítima y a las Autoridades Portuarias de todo suceso que se produzca con motivo de la prestación del servicio portuario a que se dedica y que afecte a la seguridad marítima, la seguridad de la vida humana en la mar o el medio ambiente marino, incluyendo las deficiencias observadas y las anomalías detectadas en los buques durante las maniobras de entrada y salida del puerto o en las maniobras náuticas dentro de éste que puedan ser relevantes a aquellos efectos.

53.- Pues bien, frente a la nueva regulación de las "protestas de mar" que se adivina en el proyecto de navegación marítima (art. 237, 360), la protesta regulada en el art. 23 mentado no tiene como finalidad identificar responsabilidades, "echar la culpa" a alguien o determinar el grado de culpa que tiene él mismo, el capitán o los remolcadores. Antes al contrario, se trata de una información a efectos de salvaguardar la seguridad de la navegación. La información se facilita a las autoridades encargadas de la protección del medio ambiente marino y del despacho del buque precisamente a estos efectos: a la seguridad de la navegación. Tampoco tiene mayor trascendencia el hecho de que la factura de Sertosa fuera pagada por los armadores o representantes del buque. Ese crédito es privilegiado (art. [580.3 del Código de Comercio](#) y 4.1 .d del Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, hecho en Ginebra el 6 de mayo de 1993), y, además, sujeto a las reglas de la detención o embargo de buques (art. I.1.e del Convenio de Bruselas de 10 de Mayo de 1952 , sobre embargo preventivo de buques). Si el buque quiso zarpar inmediatamente, y la posición de sus representantes en este procedimiento es que se le entretuvo sin avisarle de la posposición del embarque y se le coaccionó con un embargo preventivo, pagar la factura es lo mínimo que se le exige si quiere salir inmediatamente, sin perjuicio de las reclamaciones posteriores.

54.- Más aún, el hecho de que el práctico haga referencia al esprín en su exposición de la maniobra, esto es, en su protesta de mar o de avería, es sólo un elemento para explicar la maniobra. Efectivamente, el práctico cuenta que el esprín se enganchó a la defensa y el Capitán no, pero el objeto de la protesta es comunicar el accidente, no comunicar que se ha enganchando un esprín. La pregunta que hay que formular es si el práctico, si no se hubiera producido la avería, hubiera utilizado el art. 23 del [Real Decreto 393/1996, de 1 de marzo](#), por el que se aprueba el Reglamento General de Practicaje, para comunicar que en la maniobra de atraque del buque se enganchó un esprín a la defensa. La respuesta que hubiera obtenido de la Capitanía Marítima es otra pregunta: ¿y la avería? ¿y el accidente? ¿es seguro el muelle con un atraque donde en su secuencia se haya enganchado un esprín? Si no hay avería, si no hay accidente, el muelle es seguro. El capitán habría emitido la "Notice of Readiness" para empezar a embarcar y ganar plancha (dispatch money), y nadie hubiera emitido nota de protesta alguna.

55.- En suma, el juzgador prefiere los dos informes del Sr. Valentín y Leopoldo, frente al informe Don. Avelino, por ser los informes que se acomodan a todas las declaraciones y al material que las partes pudieron tener acceso, sin perjuicio de algunas consideraciones de estos peritos que no se comparten. Frente a las declaraciones Don. Camilo, el remolcador Albireo no llega antes a estribor que el V.B. Almería. Éste último ya estaba allí esperando órdenes del práctico, como él mismo dijo, sin necesidad de desplazarse de lugar alguno. Es el remolcador Albireo quien hace el esfuerzo de reviro anterior y al que se le ordena colocarse al costado de estribor por la su aleta. También hay que resaltar que no es del todo correcto lo que dice Don. Camilo en su informe de que "el remolcador Albireo lanza al buque contra la grúa y produce la avería". No queda constancia, antes al contrario, que empujase con toda máquina, pero al menos la mínima es suficiente para invertir el impulso del buque. Lo que ocurre es que la misma disposición del muelle, la inexistencia de suficientes defensas, y, sobre todo, la inadecuada colocación de la grúa, desencadena el fatal desenlace, además de la inexistencia de aguante a pesar de las órdenes del práctico.

56.- En cambio, el oscuro informe Don. Avelino sólo está apoyado en las dos declaraciones de los patronos de los remolcadores y que no se pusieron de manifiesto al procedimiento hasta la presentación del informe. Es pacífico que el esprín se enganchó en la defensa, pero tampoco Don. Avelino nos dice qué incidencia tiene la circunstancia en la producción del resultado. Se dice que los remolcadores deben recibir las órdenes con tiempo, pero, en el momento crítico causante del accidente, la Sra. Luisa no afirma que no oyó la orden. La oyeron todos. Y la recibió a tiempo, cuando se encontraba apoyado su remolcador en el costado del buque. Más aún, a la orden de empuja del práctico, el remolcador cumple la orden. En lo que no quiere entrar Don. Avelino es por qué no se cumple la otra orden, la de aguante, cuando también la Sra. Luisa dice que recibió la orden y la interpretó correctamente.

57.- Se dice que el cabo se inutilizó para poder virar el buque; antes al contrario, no hacía falta virar el buque cuando queda el esprín bajo la defensa: el buque está ya paralelo al muelle. Don. Avelino es el único, de todos los profesionales, marineros y peritos que han depuesto en este prolijo procedimiento que afirma que el remolcador Albireo no tenía cabo para aguantar. Lo cierto es que la misma Sra. Luisa no afirma que no hubiera falta de cabo, sino que no le dio tiempo de aguantar, y todos los profesionales afirman que estas órdenes son concretas e inmediatamente ejecutables. La teoría Don. Avelino en el sentido de que el hecho de que el cabo del remolcador estuviera encapillado a popa, y no en banda, impide el aguante del remolcador, es el único profesional que lo sostiene, sin que en ningún momento la Sra. Luisa, ni siquiera en su declaración escrita de la que toma su peritaje, se quejase de que carecía de cabo.

58.- En consecuencia con todo lo anterior, tenemos las siguientes condiciones relevantes en la producción del accidente: viento de levante, empuje del remolcador y falta de aguante a la orden del práctico de aguantar. Sin esos acontecimientos, mentalmente suprimidos, no se hubiera producido el accidente. Pero es necesario hacer también referencia a dos elementos adicionales cuya responsabilidad es de la actora y de nadie más. En primer lugar, la existencia de la grúa misma. Si la grúa no estuviera en el lugar donde se estaba, el accidente no se hubiera producido. Hay que recordar que, en una buena advertencia del práctico, éste recuerda en el procedimiento que, mientras la grúa podía moverse, aconsejaba que ésta se colocase en el centro del muelle para que, caso de un empuje e incumplimiento de una orden, o imposibilidad de cumplirla, no se produzcan averías. Sucede que el actor ha preferido mantener un elemento obsoleto en la esquina del muelle, expuesta a posibles averías, cuando, según él mismo sostiene, la puede vender. Y, además, la coloca en ese extremo, a pesar de que atracan buques en su terminal con eslora superior a ese muelle. Además, la coloca en una esquina sin posibilidad de cambiarla de lugar. Y, en segundo lugar, no coloca la grúa con suficientes defensas, es más, la coloca sin defensa alguna. La

única existente es la del muelle: una defensa de rodadura, tal y como se aprecia en la fotografía nº 3 del informe del Sr. Indalecio .

59.- Existe, al menos, una clara imprudencia por parte de Holcim España SA, al mantener la grúa en la parte norte del muelle, al borde del cantil (entre un metro y dos metros del cantil) cuando no la utiliza. Es de notar cómo el práctico dijo en el acto de la vista que, mientras la grúa estaba en funcionamiento, se exigía que la grúa se colocase en el centro del muelle. La exigencia no es despreciable. Si los remolcadores empujan a carnero en los extremos, el exceso de uno de los remolcadores puede dar lugar a lo que ocurrió el día 26 de enero, con la consecuencia dañosa subsiguiente. En cambio, contra estas exigencias y precauciones razonables por los profesionales de la navegación, a pesar de que Holcim deja de utilizar el yeso en los cargamentos del muelle, y utiliza ahora cemento y clinker, desplaza la grúa al extremo norte y la inutiliza allí, con el consiguiente peligro para la navegación. Pero es que, además, ni siquiera se preocupa de proteger el muelle en el lugar donde se encuentra la grúa, con suficientes defensas, ya no sólo en el muelle, sino en la misma grúa. Ahora bien, no tiene reparo alguno en desplazar la responsabilidad si se le toca la grúa. Tiene una grúa inservible que constituye un claro peligro para la navegación, desprotegida, que no utiliza, y en un lugar que, pese a la peligrosidad de una maniobra de atraque, exige a los demás que no la toquen (ni que la inspeccionen cuando cae, aun cuando sea para aportar un dictamen pericial).

60.- Holcim no coloca la grúa en el centro porque le estorba, ya no le sirve. Al menos, podría haber permitido la movilidad de la grúa, para que, cuando se vaya a llevar a cabo un atraque, colabore en la seguridad de la maniobra. Tampoco hace eso Holcim España SA: antes al contrario, inutiliza también los raíles de rodadura con dos topes o pernos. Y resulta que la colaboración a la seguridad de la navegación es muy sencilla. Según los directivos de Holcim, es una tarea muy sencilla colocar dos raíles para que la grúa pueda moverse, pero no lo hace. Y no lo hace porque la grúa no le sirve y obstaculiza otros sistemas de estiba instalados en el muelle. Simplemente la coloca en un lugar peligroso, con la advertencia de que si le tocan la grúa, no sólo exigirá responsabilidades, sino que además detendrá el buque. Y la incidencia en la seguridad de la navegación es evidente. El práctico dice que en otras ocasiones ha maniobrado también en el puerto antes del día 26 de enero de 2008, y en alguna ocasión los buques han tocado la grúa, pero sin llegar a la categoría de accidente. Lo confirma el Sr. Matías , empleado de Holcim, cuando, a preguntas de si se habían producido otros accidentes con la grúa, manifiesta que, sustancial seguro que no. Holcim tiene conocimiento que la grúa es un peligro, y, pese a esto, sigue sin retirar la grúa, en espera de que cuando llegue un barco que sí la toque con categoría de accidente proceder contra ese buque. La displicencia llega hasta el punto de afirmar que la grúa está colocada al extremo para no estorbar al cargador, esto es, a ellos mismos, sin importarle el peligro que supone para una maniobra en sí peligrosa como el atraque de un barco.

61.- Fue a raíz de este accidente, cuando se ha decidido hacer la misma maniobra con tres remolcadores, según dijeron todos los profesionales de la marina en el acto del juicio. Era inútil el oficio a Vera Consignatarios, SA, que confirma esta nueva forma de ejecutar la maniobra, porque los profesionales que depusieron en el juicio también informan en ese sentido. Dos de ellos ciabogan y uno de ellos se encuentra a resguardo hasta que, en el momento de acercar el barco al muelle, intervienen dos remolcadores a la aleta y amura, que aguantan, y un remolcador en el centro, que empuja. Se han adoptado mayores medidas de seguridad cuando la grúa ya no está en el muelle. La pregunta que cabe hacerse es si es necesaria la ejecución de la maniobra, ahora, con tres remolcadores. No lo es: dos eran suficientes. La maniobra se venía ejecutando correctamente hasta el día 26 de enero de 2008 sin que fuera necesario un tercer remolcador, y a pesar de que no es la primera vez que un barco toca la grúa.

62.- Esto supone mayores costes para los barcos que llegan al Puerto de Carboneras, y todo por la actitud renuente de Holcim España SA, cuyos directivos, displicentemente, responden a las preguntas de la reconveniente sobre las razones de no retirar la grúa en el sentido de por qué tienen que quitarla. Ciertamente, cada uno puede hacer con sus cosas lo que quiera (letrado de la actora dixit), pero no poner obstáculos a una maniobra peligrosa, que otros ejecutan, y con la amenaza de exigir responsabilidades si ocurre un accidente. Holcim tenía que quitarla porque no la utiliza, constituye un peligro para la navegación, ha resultado muy cara esa actitud displicente, y porque, según se nos dice, tiene un mercado amplio para venderla. Ahora, cuando ya el accidente se ha producido, cuando en principio ya el muelle es totalmente seguro, se utilizan tres remolcadores para el atraque, cuando ya es inútil.

63.- La maniobra no era peligrosa con dos remolcadores. Era peligroso tener una grúa a dismantelar o vender en una esquina sin protección alguna, cuando la eslora de los buques que atracan en ese muelle

(muchos, según el oficio de Vera Consignatarios) superan el largo del muelle. Y en tales condiciones, no cabe echar la culpa a los remolcadores. Holcim debe ser responsable de su propia imprudencia, porque, además, la grúa no tiene valor alguno. Para la valoración de la grúa, el actor se remite al informe pericial que aporta, que es contradicho por otros dos peritos, uno de ellos de designación judicial. La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor (art. [1106 Cc](#)). Respecto de los primeros, es preciso la producción del consecuente - perjuicio- por la causa -incumplimiento- (SSTS [de 5 de marzo de 1992](#) y 6 de abril de 1995), sin existencia de elementos ajenos a la voluntad del contratante a quien se imputa incumplimiento (STS [de 5 de octubre de 1995](#)). Los daños y perjuicios han de ser reales, tangibles (STS de 31 de diciembre de 1994), sin que quepa comprender los hipotéticos, o meramente eventuales de incierto acontecimiento (SSTS [de 11 de febrero de 1993](#) , 9 de abril de 1996 , de 8 de julio de 1998 y 26 de julio de 1999). Si el daño emergente es el real y efectivo, y que deviene inmediatamente de la producción del ilícito, el lucro cesante son los indirectos, entendidos como ganancias dejadas de percibir (SSAP de Sevilla de 7 octubre 1993 , Granada núm. 379/2006 - Sección 4-, de 7 julio y Tarragona 161/2006 (Sección 1), de 23 marzo).

64.- La cuestión relativa a la indemnización de los perjuicios derivados de la acción ilícita es de mero hecho, lo que implica que no tiene acceso a casación (SSTS [de 19 de octubre de 1990](#) , 18 de julio de 1996 , 14 de julio de 2000 , 15 de marzo de 2001), salvo error notorio, arbitrariedad o notoria desproporción (SSTS [de 20 de octubre de 1988](#) , 19 de febrero de 1990 , 19 de diciembre de 1991 , 25 de febrero de 1992 , 15 de diciembre de 1994 , 24 de marzo de 1998 , 23 de noviembre de 1999 , 5 de diciembre de 2000 , 31 de enero de 2001 , 25 de enero de 2002 , 10 de junio de 2002 , 3 de febrero de 2004 , 28 de marzo de 2005, recurso de casación núm. 4185/989 de junio de 2005 , 21 de abril de 2005 , 17 de enero de 2006 , 27 de febrero de 2006 , 5 de abril de 2006 , 9 de junio de 2006 , 13 de junio de 2006 , 16 de noviembre de 2006 y 31 de octubre de 2007). La entidad del resarcimiento (según proclama el artículo [1106 Cc](#)), presupuesto el evento perjudicial y la conducta sancionable, abarca a todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia, pérdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo (STS de 10 de enero de 1979 y 2 de abril de 1997). No existen en nuestro Derecho positivo principios generales rectores de la indemnización de daños y perjuicios, vacío que autoriza a interpretar que el concepto de reparación en que se manifiesta la responsabilidad del dañador comprende (artículos [1106](#) y [1902 Cc](#)), tanto en la esfera contractual como en la extracontractual, sanciones bastantes en cada caso a lograr la indemnidad, que es el único designio de la norma.

65.- No existen en nuestro Derecho positivo principios generales rectores de la indemnización de daños y perjuicios, vacío que autoriza a interpretar que el concepto de reparación en que se manifiesta la responsabilidad del dañador comprende (artículos [1106](#) y [1902](#) del [Código Civil](#)), tanto en la esfera contractual como en la extracontractual, sanciones bastantes en cada caso a lograr la indemnidad, que es el único designio de la norma (SSTS [de 13 de abril de 1987](#) y 28 de abril de 1992). La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha exigido, incluso para el daño emergente, la prueba en el proceso de declaración de la existencia de los daños y perjuicios, la cual no puede diferirse para la fase de ejecución. Sólo queda dispensada de la misma con carácter excepcional en aquellos casos en que «per se» -«in re ipsa»- la realidad de los daños y perjuicios se deduce de modo palmario. No cabe fundamentar la reclamación de daños y perjuicios en consideraciones especulativas, conjeturas o meras posibilidades, aludiendo a «si por ejemplo aparece un tercer comprador o se produjere un embargo». Los daños y perjuicios que cabe reclamar son los que tienen causa generadora a la fecha de la demanda -«perpetuatio actionis»-. No cabe una condena para un hipotético daño de futuro (SSTS de 2 de diciembre de 1991 , 18 de marzo 1992 y 26 de julio de 2001)

66.- No existen criterios fijos en la valoración del daño moral, pues este depende de muchos factores. En cualquier caso, el art. [1106](#) del [Código Civil](#) consagra el principio de reparación íntegra de los daños causados al perjudicado, cualquiera que sea el evento ilícito del que deriven, siendo de aplicación tanto a la órbita contractual como a la extracontractual (STS [de 13 de abril de 1987](#)). Dicho principio se traduce en que el perjudicado tiene derecho a que sus esferas jurídicas, patrimonial y extrapatrimonial, queden plenamente restauradas y repuestas al umbral de la indiferencia económica, esto es, a un ser y estado idéntico o equivalente al que presentaban en el instante inmediatamente anterior al que sobrevino el evento. El daño emergente tiene que estar cumplidamente probado, debiendo guardar la oportuna relación de causa a efecto. Por tanto, existe un criterio restrictivo en su apreciación, ajustado a las circunstancias

del caso concreto en un juicio de razonable verosimilitud (STS [de 15 de febrero de 1995](#) y 25 de octubre de 1996) o de probabilidad objetiva (STS [de 8 de junio de 1996](#)).

67.- Previamente, hay que hacer algunas precisiones sobre la valoración de la grúa. Se anuncia en demanda, y se reitera en la audiencia previa, por Sertosa, que se requiera a la actora para que aporte la factura de compra de la grúa. Con posterioridad, se torna la discusión en términos de legitimación: si no se aporta esa factura, la actora no prueba su derecho de propiedad. En fase de conclusiones, la actora invoca la norma del art. [464 del Código Civil](#) para acreditar su propiedad, y la representación del buque aprovecha la alegación de Sertosa, e incide en que el derecho de Holcim sobre el muelle se basa en una concesión administrativa, por lo que la grúa puede ser del Puerto, no de Holcim. El que la actora acuda a la norma del art. [464 del Código Civil](#) para acreditar su propiedad sólo tiene una explicación, empíricamente demostrable, porque no la ha aportado: no tiene la factura, y la legislación le ampara en no tenerla. A efectos contables las facturas pueden destruirse a los seis años (art. [30 del Código de Comercio](#)), y, a efectos fiscales, a los cuatro años (art. [13.3 del Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre](#) , por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula las obligaciones de facturación y 49 del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido).

68.- Sea como fuere, la actividad que lleva a cabo Holcim en el muelle oriental del Puerto de Carboneras no es un servicio básico (art. 85.3.g de [Ley 48/2003, de 26 de noviembre](#) , de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general), sino una actividad industrial y comercial inserta en el supuesto, no de licencia, sino de autorización administrativa del art. 89 de la [Ley 48/2003](#). Estas actividades implican la ocupación del dominio público portuario (art. 88 de la [Ley 48/2003](#)), lo que de suyo implica que el concesionario asume el riesgo y ventura de la actividad que lleva a cabo en el espacio público (art. 126.3 de la [Ley 48/2003](#)). En suma, no puede considerarse que, por el hecho de estar en la concesión la grúa, ésta sea de la Autoridad Portuaria. Antes al contrario, la presunción que rige es la prevista en el art. [464 del Código civil](#) . Por otra parte, la propuesta de que se remita la factura de compra de la grúa la introdujo Sertosa en su contestación, pero no porque discuta la propiedad de la grúa, sino para discutir la valoración que la actora hace de una grúa de unos 30 años.

69.- La grúa estaba inutilizada desde hacía tiempo, y así lo reconocen todos los comparecientes. No sólo todos los peritos, sino también los testigos que prestan sus servicios en el puerto de Carboneras, como el práctico, Sr. Juan Enrique . Don. Laureano , empleado de Holcim España SA, es más preciso: estuvo funcionando en su rendimiento ordinario hasta el año 2003, después estuvo cargando pertrechos para los barcos durante dos años, momento en que se produce una reforma en el muelle y se quedó en el rincón inutilizada. El directivo de Holcim habla de ocho o diez años de rendimiento completo, y desde entonces al 2004 con un uso secundario. Según Don. Laureano , cada dos meses se le hacía mantenimiento mecánico a la grúa, mantenimiento muy simple: engrasar y mirar niveles. En cambio, el perito Sr. Landelino dice que el estado de la grúa era bueno, pero no tenía los totales de engrase. El directivo de Holcim habla de un mantenimiento de conservación, no un mantenimiento de uso. El perito de la actora, D. Gabino , hasta donde pudo observar, indica que el mantenimiento de la grúa no era correcto, y no parecía que estuviera engrasada. La información dada por Holcim España SA parece indicar que las revisiones que se efectuaban consistían en una inspección de componentes y engrasamiento, lo que hacían los mismos empleados de la mercantil actora.

70.- Con tales parámetros, el juzgador no acepta la valoración que efectúa Don. Landelino . Su método consiste en la valorar cuánto cuesta la construcción actual de una grúa de estas características a precios actuales. A partir de ahí, le aplica un factor de corrección, que consiste en una media proporcional a la vida útil de la grúa, atendiendo al valor total de 100 años. Este procedimiento ya de suyo indica sus deficiencias, y que son puestas de manifiesto en la contestación de Sertosa y que el mismo perito incluso reconoce. Construir estas grúas en el año 1979 era más barato que en el año 2008, cuando se emite el informe: antes se construían en serie, y hoy no se fabrican, salvo que se quieran vender al tercer mundo (así lo dijo el perito). Lo que dice este informe es que la grúa vale construirla, en el año 2008, 1.929.059 €;. La realidad es que el valor de dicha grúa era muy inferior en el año 1979.

71.- Se dice que la grúa tiene una esperanza de vida de 35 años. Antes al contrario, el actor debe justificar que son esos los valores de amortización. El perito ha tomado el mayor valor de amortización de una concesión sobre el demanio público, que, efectivamente, son 35 años, pero siempre que la inversión consista en la construcción de instalaciones portuarias. En este caso, sólo se trata de la ocupación del demanio, con instalación de aparatos móviles, y el periodo de vigencia de la concesión es de 15 años, y a lo sumo 30 cuando el activo consista en instalaciones fijas (art. 66 de la [Ley 48/2003](#)). Y esto, teniendo

en cuanto que los plazos de amortización de las concesiones han sido ampliados por esta norma para permitir la amortización de las inversiones, tal y como manifiesta el apartado 11 del párrafo V de la exposición de motivos de esa Ley. Para las grúas de la autoridad portuaria, se devengará tasa por la presentación de servicios dependiendo si el bien está amortizado (art. 1 de la Orden Ministerial de 30 julio 1998 , que establece el régimen de las tarifas por servicios portuarios prestados por las autoridades portuarias). Según las cuentas anuales de la Autoridad Portuaria de Almería para el ejercicio 2008 - Resolución de 22 de julio de 2009, de la Autoridad Portuaria de Almería ([BOE de 3 de octubre de 2009](#))-, una grúa pórtico tiene una vida útil (período de amortización) de 20 años, con un valor residual de un 3 %.

72.- Lo anterior significa que la grúa estaba completamente amortizada hace 9 años desde la fecha de la producción del accidente, en el año 1999, esto es, cuando la grúa parece que sólo está destinada a subir pertrechos a los buques, como dice el empleado de Holcim. Si fueran correctos los precios Don. Landelino al año 1979, resultaría que la grúa tendría un valor residual a 1999 de 1.929.050 €; * 0,03, esto es 173.614,50 €;. Y esto con todas las reservas, porque la grúa hace 10 años que está amortizada y se desconoce, en el informe escrito Don. Landelino , el valor contable a precio de adquisición. Suponiendo que la grúa no se reclamara por un daño recibido de tercero, sino que se vende a un país en vías de desarrollo como propone Don. Landelino , la actora pretende vender esa grúa por 391.809,35, lo que significa que quiere sacar un beneficio a la grúa de 218.194,85 €; , sin demostrar ninguna actividad para conseguir poner la grúa a disposición de un tercero, sino simplemente por imputar un daño a un tercero . Se pretende por esta vía obtener un beneficio de un 150 %. El actor no quiere colocarse en la misma situación anterior a la producción del siniestro, sino que quiere obtener de la grúa el valor propio de una venta sin que haya probado la existencia de un mercado suficiente para obtener ese beneficio patrimonial que pretende.

73.- Quiere colocarse el actor en la misma situación que la expresada por su perito. Según él, en cuanto se abra el mercado de segunda mano para países emergentes, la grúa puede tener el valor que se afirma en la demanda. Pero el juzgador no acepta que exista ese mercado. La prueba es que la grúa lleva 10 años sin funcionar y no hay comprador alguno. No se ha probado ese mercado. Tampoco le basta al actor decir que estas grúas se utilizan en el Puerto de Almería. Se utilicen o no en esta ciudad, la grúa estaba en el Puerto de Carboneras, inutilizada, en una esquina del puerto, y ya ni siquiera para estibar pertrechos. Puede tener el Puerto de Almería 5 grúas de este tipo, pero el juzgador duda que, caso de que una de esas cinco grúas se inutilicen por cualquier razón, el Puerto de Almería vaya a adquirir la de la actora, y mucho menos al módico precio de 2,5 veces su valor a precios del año 2008. Para Holcim, desde luego, el negocio sería redondo. Para el director comercial del Puerto de Almería, sería un motivo de dimisión o destitución fulminante. Claro que, para evitar lo obvio, se habla del mercado de países en vías de desarrollo. Pues bien, no existe ese mercado -el perito Don. Landelino habla de que "en cuanto se abra el mercado de países africanos e indio"- y, aunque se abra, lo que pretende el actor es conseguir un negocio redondo, no con el Puerto de Almería, sino con países en vías de desarrollo, lo cual ya constituye algo que el juzgador se resiste a calificar en una resolución judicial.

74.- Pero más aún. Resulta que el perito Don Landelino sí que informó, en el acto del juicio, cuál es el coste histórico de estas grúas. Las grúas se vendían, en el momento de su construcción, a coste histórico de 32.000.000 de pesetas, esto es 192.323,87 €;. Resulta que, aplicando el método contable más usado en contabilidad, la grúa estaría amortizada en 1999, con un valor residual de un 3 %. La grúa tenía un valor contable, en el año 1999, de 5.769,71 €;. Y han pasado aún 8 años desde la amortización total hasta que la grúa queda averiada. Si el coste es tan pequeño, bastaría con venderla a un país del tercer mundo a 10.000 €; para que el actor ya obtuviera beneficios. Pero en este caso, el actor está pidiendo un valor de 391.809,35 €;, esto es, 67 veces más que su valor contable en libros. Con esta petición, al actor se le salva un ejercicio económico con pérdidas significativas.

75.- Y ante tal desproporción, no le basta al actor con decir que la grúa se puede transportar sin desmontar y trincada en la cubierta de un barco. No le basta con decir que hay un mercado de segunda mano en el tercer mundo (con un claro desprecio para el tercer mundo), porque el actor, sin duda, no estaría dispuesto a pagar por una grúa, que vale en libros 5.769,71 €;, casi 400.000 €;, salvo destitución fulminante del director comercial de su empresa por el negocio tan ruinoso que acaba de concluir. Más aún. Se le pregunta al perito Don. Landelino si este método es el correcto. Y Don. Landelino dice que el método que ha aplicado (el de la Universidad de Iowa, primer mundo, faltaría más) es, simplemente, "más fácil" porque en el año 1979 los costes laborales eran menores porque estas grúas se fabricaban en serie. Por supuesto, el juzgador, sujeto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que no exige facilidad en el perito

a la hora de valorar, sino restitución in integrum, sin desproporciones e hipótesis, rechaza esta "facilidad".

76.- La imposibilidad de peritar la grúa de conformidad con el criterio Don. Landelino continúa si se atiende a otros detalles. Se dice que estas grúas, que aún se utilizan en el sistema portuario español, terminarán por desaparecer en un intervalo corto, de 4 años, porque han empezado a entrar grúas que trabajan con palas de 40 toneladas, y no con plumines del porte de esta grúa, que, además, son más rápidas. El problema es que esto es lo que le ha ocurrido ya a esta grúa. Resulta que en el Puerto de Carboneras no se puede cargar cemento y clinker a granel mediante el sistema de pala o pluma porque está en medio de un parque natural. Se carga con el sistema de manguera, y, además, agujereando las bodegas del barco. Esto significa que la grúa no se iba a utilizar más en el Puerto. Efectivamente, era un bien a desmantelar. Quizás no en el Puerto de Almería o en los Astilleros de Murueta. Pero en el Puerto de Carboneras, en la terminal de Holcim, sí que lo era. La grúa sirve, según dijo el perito, para cargar chatarra y para astilleros, pero, en la terminal de Holcim se carga clinker y cemento, no chatarra, ni se construyen barcos.

77.- Holgaría, por tanto, cualquier consideración al valor de los materiales peritados por Don. Landelino y el Sr. Indalecio, pero, en cualquier caso, no cabe la defensa de la profesión de ingeniero naval hasta el punto de que por el hecho de que un motor o un acero esté en una grúa y no en un vehículo, su valor cambie sustancialmente, salvo que se indique y justifique cumplidamente el motivo de la subida de precio. No cabe decir que el material sube de precio por estar instalado en una grúa, o tachar el informe del Sr. Indalecio por el solo hecho de ser ingeniero industrial y no ingeniero naval.

78.- En suma, no existe ni siquiera mercado de segunda mano. En territorio nacional, Don. Landelino lo descarta, porque, dice, les queda al sistema portuario nacional stock suficiente de estas grúas. La consecuencia es que, caso de comprar una grúa nueva, esta grúa no se compra, sino que se compra una de reciente generación. Luego, comprar, entonces, esta grúa a 391.809,35 €; (valor que da el perito) no es otra cosa que una ruina económica. Sorprende incluso la sinceridad Don. Landelino, al afirmar que, ante problemas judiciales por averías, el valor se alza y se sobrevalora. Lo dice en relación con los 500.000 que Holcim España SA solicitó por el embargo preventivo del buque, pero ese mismo criterio es perfectamente aplicable a esta reclamación. La consecuencia es la admisión de la valoración de los Sres Gabino y Indalecio: el valor de la grúa es nulo, al no existir mercado de segunda mano para la venta, no existe valor venal. La grúa no tiene mercado de segunda mano, ni puede ser enajenada dentro del mercado español.

79.- Dice el actor, en conclusiones, que lo que el perito judicial hace es valorar la grúa por su lucro cesante, por la ganancia dejada de percibir; así se lo pregunta al perito en su interrogatorio. El lucro cesante se integra en la indemnización que debe percibir el acreedor de una obligación que ha sido incumplida culpablemente por el deudor, conforme contempla el artículo [1106 del Código civil](#). El lucro cesante tiene una significación económica: trata de obtener la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir, concepto distinto del de los daños materiales (así, sentencia de 10 de mayo de 1993), cuya indemnización por ambos conceptos debe cubrir todo el quebranto patrimonial sufrido por el perjudicado (así, sentencia de 21 de octubre de 1987 y 28 de septiembre de 1994, 5 de noviembre de 1998 y 12 de noviembre de 2009). Por tanto, se rechaza esta interpretación de la actora. Con esta grúa no había lucro cesante que perder y que indemnizar, porque por sí misma no produce ganancia futura alguna. Lo que sí es lucro cesante es la indemnización que pide el demandado reconveniente, porque su planteamiento parte de una ganancia por fletes que no ha percibido, cuando esperaba percibirla. Igualmente, la actora tendría un lucro cesante si no llega a cargar barco alguno en su contrato con Holcim Trading. Pero la pérdida de un activo no produce lucro cesante, salvo que el bien sea productivo (un semoviente). En cambio, aún no se han patentado grúas que produzcan otras grúas por generación espontánea. En consecuencia, el valor de uso es un método perfectamente válido para valorar la grúa, sin que pueda considerarse que el perito se desvía a la valoración de un lucro cesante que nadie le ha pedido.

80.- Otro motivo de fricción de la actora con el perito judicial se refiere a la posibilidad de traslado de la grúa. El perito judicial considera inviable el traslado de la grúa, puesto que es necesario su desmontaje, más flete marítimo, carga a bordo, trincaje, descarga, arrastre, pruebas y certificaciones, lo cual conlleva el desmerecimiento de una posible venta, que da lugar a un precio excesivo, ni siquiera para montar la grúa en el Puerto de Almería donde ya existen esas grúas. En primer lugar, el que existan estas grúas en el Puerto de Almería no quiere decir que haya un mercado de compra de esas grúas: el actor debe demostrar que el Puerto de Almería estaría dispuesto a comprar una grúa de este porte, y, sobre todo, por el precio que indica. Pero sobre todo, el actor cae entonces en su propia trampa. Resulta que esos gastos, que dice

no ser necesarios para el transporte, los incluye Don. Landelino en su valoración. Se trata de una prueba más de la sobrevaloración desmedida y que corrobora que el método utilizado por Don. Landelino es incorrecto. En efecto, Don. Landelino valora la grúa por construcción en Portugaleta y puesta en funcionamiento en el Puerto de Carboneras en condiciones de uso. Pero, a la vista de los dictámenes periciales que no le favorecen (incluido el perito judicial a su instancia), el actor pretende mutar la forma de valoración. Ahora utiliza el sistema de precio en venta sin instalación para su uso, lo que significa que, de su valoración debe extraerse 140.000 €; flete marítimo desde Portugaleta (porque el transporte a Almería es sensiblemente inferior, dice la actora), más 150.000 €; por carga a bordo, trincaje, descarga, arrastre, 150.000 por montaje, 70.000 por pruebas y 23.000 por certificaciones porque la grúa ya está certificada, ya se venda a Almería o ya a un Puerto del extranjero.

81.- Finalmente, sorprende que el actor se aferre al dictamen Don. Landelino, que valora la grúa por construcción y colocación en destino en condiciones de uso, y tache el dictamen del perito judicial porque la valoración por precio de uso no le convence. Si la valoración Don. Landelino incluye transporte e instalación en el Puerto de Carboneras de la grúa, es claro que el valor de la grúa está precisamente en el uso. Otros elementos que incluye la reclamación de la actora es un filtro, y, efectivamente, nadie ha visto ningún filtro. Por supuesto, el perito de la actora niega haberlo visto, sin perjuicio de que no se le dejara acceder a las instalaciones. Se le pregunta al legal representante de Holcim España SA por la factura del filtro. Y, sorprendentemente, el testigo no afirma que el filtro existiera, sino que se le pagó a los contratistas encargados de hacer los agujeros, pero sin dar conocimiento de la existencia, y, menos aún, de la ruptura de ese filtro. Ni siquiera el perito de la actora, Don. Landelino, ha visto filtro alguno, menos aún el perito judicial.

82.- En suma, Holcim España SA también ha participado en la producción del accidente al no desmantelar una grúa inservible. Y, si no quiere desmantelarla, porque va a venderla, en primer lugar, si tan buen negocio quiere hacer y que dice que existe un mercado de segunda mano, debe hacerlo cuanto antes. Y si ese mercado de segunda mano no le sale (porque aún no se han abierto los mercados africanos e Indio, como dice Don. Landelino) debe colocarla en un lugar seguro que no entorpezca la navegación. Y la grúa entorpece la navegación: no es la primera vez que los buques de gran tonelaje tocan la grúa (así lo dice el práctico, y así viene a reconocerlo con evasivas el Sr. Matías). Debe colocarla en un lugar adecuado fuera del cantil del muelle. Y si quiere mantenerla en el cantil, debe protegerla con suficientes defensas, porque sabe y le consta que la grúa constituye un peligro para la seguridad de la navegación al no ser la primera vez que recibe el impacto de los buques de gran tonelaje que atracan en su terminal.

83.- En la producción del accidente, existe una causa natural: la presencia de viento de levante. En segundo lugar, una causa humana: empuje a carnero de la Sra. Luisa con su remolcador. En tercer lugar, otra causa humana: falta de aguante de la Sra Luisa con su remolcador cuando se le da la orden de aguantar, porque no le dio tiempo. Sólo en esta última cabe apreciar eficacia preponderante en la producción del siniestro. Finalmente, si no le dio tiempo, es porque el toldo de la popa se introdujo en el interior del muelle por el empuje, de forma que, al estar tan cerca la grúa del cantil, se produjo el accidente. El juicio de causalidad es inmediato: si la grúa no estuviera en ese lugar, al remolcador le hubiera dado tiempo de aguantar, hubiera sacado la popa del muelle sin daño alguno a las grúas. La eficacia preponderante en la producción del accidente lo tiene la misma existencia de la grúa: una grúa inservible, sin valor alguno, colocada en una esquina del muelle, sin protección de ninguna clase, y en el mismo cantil del muelle. Y la eficacia preponderante de la grúa no queda vencida por la falta de aguante: la remolcadora ve dónde empuja, pero desconoce el obstáculo al que se enfrenta ante la orden de empuje.

84.- Por otra parte, como no es posible que la patrona del remolcador haya enloquecido y no haya obedecido las órdenes del práctico dolosamente, la realidad es que no le dio tiempo de aguantar. La maniobra era del todo correcta, como dicen los patrones de los remolcadores e incluso los empleados de Holcim en el muelle. Sólo si no hubiera existido la grúa en el lugar, o se hubiera colocado en el centro del muelle, no se hubiera producido accidente alguno. Pero la imprudencia, cuando menos, de Holcim, le lleva a inutilizar los raíles para que la grúa no pudiera moverse. En consecuencia, ni ha, relación de causalidad entre la acción conjunta e individual de los profesionales de la marina que intervinieron en el accidente, ni puede considerarse que haya daño alguno a una grúa que no iba a ser utilizada. Por todo lo cual, la demanda será desestimada.

85.- En demanda reconventional, reclama la demandada los días de devengo del flete y bunkers desde que se produce el accidente (26 de enero) hasta que el buque es embargado por este Juzgado (1 de febrero). En el planteamiento de la demandada reconviniente, Holcim nunca comunicó al buque, ni a sus

fletadores, que el embarque quedaba cancelado dada la inoperatividad del muelle y la imposibilidad de proceder a la carga, sino que guardó silencio durante los días anteriores al embargo. Esto implicaría una actuación desleal por parte de Holcim España SA, vinculada con la fletadora, Holcim Trading SA, que ni cancelan el embarque ni declaran fuerza mayor ante la situación de inseguridad del muelle, lo que constituye un incumplimiento del deber de la cargadora y la fletadora de actuar minimizando los daños que pudieran producirse. En su versión, si así hubiera sido, el buque hubiera partido de forma inmediata, de forma que hubiera obtenido el pago del flete que le correspondía de su fletadora.

86.- Los hechos 17 a 20 describe el contrato de fletamento por tiempo que tiene la armadora del buque con Oldendorff GMBH & CO KG, según resulta de los documentos nº 1 y 2 de la demanda reconvenzional, y que la actora no ha negado (art. [281.3](#) y [405.2](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#)). Por su parte, los hechos 24 a 43 recoge el contrato de compra de clinker según resulta del documento nº 4 de la contestación a la demanda de la armadora, que tampoco la actora ha negado. Lo que no se ha aportado es el contrato de subfletamento entre Holcim Trading SA y Oldendorff GMBH & CO KG, pero que el juzgador considera que existe. Dado que se considera que existe, así quedan redactados los hechos 44 a 47 de los más arriba declarados probados. Y existe ese contrato de subfletamento porque así lo dice la actora (arts. [281.3](#) y [405.2](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#)) en varios pasajes de su contestación a la reconvencción.

87.- La sorpresa lo constituye la respuesta dada por Holcim Trading SA al requerimiento efectuado por la demandada reconvenzional para que entregase el contrato de subfletamento (respuesta escrita presentada a 25 de noviembre de 2008), en el que viene a decir que se limitaban a comprar FOB y no hay subfletamento alguno. Esa es la posición de los representantes de Holcim España SA y Holcim Trading SA en el acto del juicio: Holcim Trading SA compra FOB a Holcim España SA, y después lo vende a un tercero, por lo que no tendría, según dice, nada que ver con el barco, lo que implica que no tiene que cancelar embarques, ni declarar fuerza mayor, ni ha incumplido las exigencias de buena fe en la ejecución de los contratos, ni ha incumplido el deber de mitigar pérdidas.

88.- El contrato de compra de clinker hace referencia a los Términos Comerciales Internacionales de la Cámara de Comercio Internacional en su versión de 2000 (International Commercial Terms - Incoterms-2000). Son términos no incorporados a la legislación nacional, pero sí expresivos de los usos mercantiles internacionales en la compra de mercaderías. Sí que están incorporados mediatamente a la compraventa internacional de mercaderías por anclaje en el art. 8.3 del Convenio de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecho en Viena el día 1 de abril de 1980, ratificado por España el día 17 de julio de 1990. Según dicho precepto, para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.

89.- No obstante, existe un querencia errónea generalizada de identificar los incoterms con el contrato del transporte o seguro. Los incoterms se refieren exclusivamente a una interpretación de los términos comerciales de transacciones mercantiles internacionales entre un comprador y un vendedor, sin que afecten a las relaciones que establezcan cualesquiera de las partes con los transportistas, sea cual fuere el medio de transporte utilizado. Lo que ocurre es que el transporte incide en la prestación característica del vendedor: la entrega de las mercancías al comprador, que, por tratarse de una compraventa internacional, conllevan un transporte. Así, según el art. 31 del Convenio de Viena, si el vendedor no estuviere obligado a entregar las mercaderías en otro lugar determinado, su obligación de entrega consistirá, caso de que el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías, en ponerlas en poder del primer porteador para que las traslade al comprador. No cabe confundir el contrato de transporte con los Incoterms. Ciertamente existe relación entre el transporte y los incoterms, pues los Incoterms regulan, a través de unos códigos, quién asume determinados costes -entre ellos el transporte de las mercancías-, dónde se produce la entrega -si en puerto de partida o el de llegada- y cuándo se transmite el riesgo -si en el puerto de salida o en el puerto de llegada-. Pero nada de esto autoriza a confundirlos.

90.- En efecto, el vendedor puede estar obligado a contratar el transporte (art. 32.2 del Convenio), al pago del flete (art. 31.1.a del Convenio) y puede asumir el riesgo hasta la llegada en destino (art. 58.2 y 67 del Convenio). En el caso de FOB, se trata de un término del Grupo F (junto con FCA y FAS), que significa que la puesta a disposición de la mercancía al comprador se produce en el medio de transporte que determine el comprador, y éste soporta los costes y riesgos de pérdida o daño desde ese punto. Es un término de entrega indirecta, en el sentido de que la entrega se produce al medio de transporte, no al

destinatario. FOB significa Free on Board, franco a bordo: la mercadería es puesta a bordo del barco con todos los gastos, derechos y riesgos a cargo del vendedor hasta que la mercadería haya pasado la borda del barco, con el flete excluido. Esto significaría que Holcim Trading SA se limitaría a comprar el clínker de su filial española en Carboneras, y los vende FOB-Carboneras a un tercero. La concertación del transporte corresponde al comprador, por lo que no tendría nada que ver con el barco: compra FOB y vende FOB, lo que implica la concertación del barco corresponde al comprador, al sujeto destinatario de las mercancías. Esta es la posición que insistentemente manifestaron los representantes de Holcim España SA y Holcim Trading SA.

91.- Ahora bien, esto no significa que el comprador y vendedor estén libre de toda obligación en relación al transporte. El vendedor FOB tiene la obligación de entregar, y si por entrega se entiende el paso por la línea de borda del barco, tiene al menos que cargarla en su lugar al tiempo establecido (SAP de Madrid 265/2008 -Sección 28-, de 6 noviembre). En este sentido, la término FOB afecta fundamentalmente al riesgo y su transmisión, pero no tiene por qué afectar al modo en que las partes han modulado sus obligaciones, ni mucho menos a las obligaciones esenciales de todo vendedor, que son la entrega de la mercancía al destinatario previo cobro de un precio (SAP de Barcelona 306/2008 -Sección 15-, de 3 septiembre). La venta en condiciones FOB sólo significa que la mercancía se entiende entregada y en poder del comprador cuando se halle a bordo del buque que la va a transportar (SAP de Las Palmas 303/2003 -Sección 4-, de 5 mayo), lo que significa que es sólo una modalidad o circunstancia que afecta al contrato de compraventa. No es esencial en la venta FOB el sujeto que contrata el transporte o paga el flete. Lo sustancial en la venta FOB es la entrega y la transmisión del riesgo.

92.- En el mismo sentido, la STS [309/2006](#), de 30 marzo ha establecido que los términos del Grupo F, como el FOB, "se ha de traducir en un reparto de costes en el seno de la economía del contrato. A veces, sin embargo, las fórmulas impresas indican que la carga ha de ser realizada por los cargadores y sus agentes, libres de riesgo, responsabilidad y coste de cualquier clase para el buque, de tal modo que se intenta poner a cargo del cargador no ya el coste sino el riesgo de las operaciones de carga- descarga y estiba-desestiba. Pero, entendida la estiba como la operación que consiste en fijar y disponer la carga en el interior del ingenio que la contiene, en ausencia de una conraindicación, la estiba bajo todos sus aspectos incumbe al fletador, y la mera indicación de que los costes serán soportados por el cargador no basta para invertir esta regla" (...). En apoyo de esta regla, el Tribunal invoca la sentencias de la Cámara de los Lores de 25 de noviembre de 2004 (Jindal Iron and Steel Co. Ltd. and Others vs. Islamic Solidarity Shipping Co. Jordan Inc) que recoge la del caso Pyrene vs. Scindia Navigation de 1954, así como las SSTS [de 19 de abril de 2001](#) , 3 de octubre de 1996 , y la de 22 de febrero de 1999 .

93.- Esto significa que los inconterms no son más que unas reglas usuales de interpretación de contratos internacionales, que afectan, precisamente, a los sujetos de la relación de venta, pero sin que se extienda más allá. Es cierto que en la venta FOB quien se obliga a contratar el transporte es el comprador, y el vendedor no asumirá esta obligación. Pero estos son términos de interpretación usual, que, necesariamente, vencen en el caso de que las relaciones entre las partes sean otras. En efecto, es incompatible, y de una contradicción interna sustancial, decir en contestación a la reconvencción que Holcim Trading SA no asume obligación de transporte porque así lo dice los Incoterms, y se diga también que Holcim Trading SA es fletador del buque. Después, en el desarrollo del juicio, la postura es otra: como "compro FOB, no tengo nada que ver con el barco", según el representante de Holcim Trading SA. Lo cierto es que Holcim España SA, vinculada con la primera en un 100 % como dijo el mentado representante, repite en varias ocasiones que el subfletador del buque era Holcim Trading (hecho probado 23).

94.- Pero más sorprendente es la afirmación que se recoge en la página 10 de la contestación a la reconvencción: "HOLCIM ESPAÑA, S.A. no era sino un vendedor FOB y, reiteramos, como señalan los Incoterms 2000, sin obligación alguna en relación con el transporte de la mercancía. Pues es al comprador FOB (quien, por cierto, sí es parte de un contrato de transporte) a quien compete poner a disposición del vendedor FOB un buque listo para ser cargado". Es aquí, con esa frase, cuando la filial de Holcim Trading SA está abriendo a las claras los hechos. Como quedó claro en el juicio, el vendedor FOB es Holcim Trading. La reconvenida era la cargadora, y, a su vez, vende a la subfletadora, Holcim Trading SA. Y es que, por más que digan los representantes de Holcim Trading SA que no tienen nada que ver con el barco, los hechos desmienten estos asertos, y confirman estas frases manifestadas en contestación a la reconvencción.

95.- Según el contrato de compraventa y embarque de documento nº 4 de demanda, Holcing España SA

vendía a Holcim Trading SA una partida de clínker a cargar en un barco. Holcim Trading era responsable de hacer llegar el barco al muelle, avisándole al vendedor, porque era quien "nominaba" el buque (art. 8 del contrato). El vendedor sólo respondía de la seguridad del puerto y del embarque (art. 9 .b) Antes de la llegada del buque, debía ser avisado de los ritmos de llegada (cláusula ETA, art. 9 .c). A la llegada del buque, en 24 horas, si se dan las condiciones, aceptaba el embarque (art. 8). Tras el certificado de disponibilidad emitido por el capitán del buque (art. 9. d), a las seis horas máximo (art. 9.f) se procedía a la inmediata carga del buque a un ritmo considerable -8.000 toneladas al día, durante todas las horas el día si el tiempo no lo impide (art. 9.e, cláusula SHINC). Tras la carga, se emitiría el documento de embarque, el conocimiento de embarque (art. 7), y, tras su entrega, se devengaba el pago del precio. Por si alguna duda cupiera, el art. 8 del contrato lo deja muy claro: el vendedor (Holcim España SA) deberá aceptar al buque nominado por el comprador (Holcim Trading SA). Y por si cupiera alguna duda racional, en el nuevo contrato de compraventa que se firma tras posponer el embarque, la palabra "nominar" se sustituye por la palabra "charter", que la misma actora traduce como "fletar".

96.- En consecuencia, no es cierto que el Holcim Trading SA no tuviera nada que ver con el buque. Antes al contrario era quien nominaba el buque y era el responsable de hacer llegar el buque al puerto de Carboneras, hasta el punto de ir dando noticias a Holcim España SA de la derrota del buque. Simplemente, Holcim Trading SA había subfletado el buque a Oldendorff GmbH & Co. KG. La oposición del Holcim España en contestación consiste en entender que quien tiene disponibilidad sobre el buque es Holcim Trading SA, empresa independiente de Holcim España SA. La realidad es bien otra. El representante de Holcim Trading SA reconoció en el acto del juicio que participa en Holcim España en su accionariado en un 100 %. La información que acompaña la reconvenida en el cuadro de la página 4 de su contestación es sumamente parcial. Podrá decir que su accionista principal es Holcim Investments Spain, SL, pero no dice quién es el accionista principal de ésta última. Por otra parte, se rechaza el sofisma de que para que exista grupo es necesario que haya un deber de consolidación de cuentas. De la información de ese cuadro, si se conecta con la información que da el representante de Holcim Trading en el acto del juicio, lo que existe es una situación grupal de corte piramidal que impide el deber de consolidar cuentas desde el vértice hasta la base.

97.- En cambio, a requerimiento de la demandada, Holcim Trading SA manifiesta, en el oficio de 20 de noviembre de 2008 que había comprado FOB a la actora el cargamento que debía ser embarcado en el Iran Hameh el día 26 de enero de 2008, y, a su vez, lo había vendido FOB a otra entidad -que no precisa-, y que era responsable de contratar el transporte. Holcim Trading SA, además de contradecir a su hermana de grupo, quiere aprovecharse de su condición de comprador de mercancía, cuando una cosa es el contrato de compra, en las condiciones usuales que se hubiesen pactado en el tráfico internacional, con el contrato que le liga con el buque. Tanto Holcim Trading SA como Holcim España SA deben explicar, si no tienen nada que ver con el buque, qué hace, entonces, ese buque en el Puerto de Carboneras. Si resulta que, en cumplimiento del pacto del art. 9 .c del contrato de compraventa de clínker, el buque dio aviso de llegada los días 23, 24 y 25 de enero de 2008 (documento nº 3 de los presentados el día 22 de enero de 2008, hecho probado 48), la realidad es que el buque Irán Hameh, cuyo capitán a la órdenes del Charterer (del fletador, de Oldendorff), había sido nominado por Holcim Trading SA para hacer el transporte y para realizar la carga en el Puerto de Carboneras.

98.- Al no darse una explicación satisfactoria a los requerimientos de la actora, el juzgador acepta la versión de la demandada reconvenida en la relación contractual de las partes (art. 329.1 LECn), que, además, está apoyada por elementos documentales que le aporta su fletador y por otros obtenidos a lo largo del procedimiento. El subfletador es Milange, una filial del grupo Holcim opaca a los resultados de búsqueda de información por asesor, y, por tanto, una offshore, una empresa usada para ocultar el propietario o beneficiario de determinados bienes, por varios motivos (p. ej. blanqueo de dinero, ocultación de propiedades en procedimientos de divorcio, etc.) También se utiliza como sinónimo de paraíso fiscal. Es esa sociedad o su "Nominee", que, según el "The online dictionary of financial terms" (<http://glossary.global-investor.com/define/nominee-account/2006/0/N>), "Nominee Account", es "an account in which the named holder holds the assets in it on behalf of another (the beneficiary). In the stock market, the most common use of nominee accounts is where execution-only brokers act as nominees for their clients. The shares are registered in the name of the broker, but the client has beneficial ownership of them". Dicho de otra forma, un testafiero, o un nombrado in pectore. El término tiene un origen político, consistente en el candidato que es nombrado para una elección. Es un sujeto por nominar. Resultando que ese "nominee" es el que aparece en el contrato de compra de Clínker, el subfletador real es el comprador de clínker, Holcim Trading SA.

99.- El fletador de un buque por entero podrá subrogar el flete en todo o en parte a los plazos que más le convinieren, sin que el capitán pueda negarse a recibir a bordo la carga entregada por los segundos fletadores, siempre que no se alteren las condiciones del primer fletamento, y que se pague al fletante la totalidad del precio convenido, aun cuando no se embarque toda la carga, con la limitación que se establece en el artículo siguiente (art. [679 del Código de Comercio](#)). El contrato de fletamento del armador con Oldendorff tiene pactada la cláusula de subfletamento (hecho probado 19), que implica una subrogación contractual tal y como recoge ese precepto . En consecuencia, al tratarse de un subrogación legal, el subfletamento transfiere al subfletador todos los derechos del contrato de fletamento, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas (art. [1212 del Código Civil](#)). El subflete lo paga el subfletador al Capitán, que debe pagarlo al fletador, pero con derecho de retención de su parte (pacto 18 del contrato de fletamento).

100.- Por otra parte, no puede escapar Holcim España SA a las condiciones que se obliga con Holcim Trading SA, pues ésta no sólo vende FOB según su contrato, sino que la obligación de la primera como cargadora era embarcar el objeto vendido, el clínker, en unas determinadas condiciones de embarque. Para ello, Holim Trading SA concierta con su filial, con Holding España SL, un contrato, que no sólo es de compra, sino también un contrato de carga y estiba, contrato de arrendamiento de obra que obliga a la cargadora a estibar el clínker en las bodegas del buque (STS [de 18 de abril de 1991](#)), y este contrato de carga está relacionado con el contrato de transporte. Así lo ha entendido el convenio non nato de Uncitral sobre responsabilidad de los empresario de terminales de transporte en el comercio internacional, que liga la responsabilidad del cargador por pérdida o averías con la misma responsabilidad que tiene el transportista por las reglas de La Haya-Visby, según resulta del Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924 y la [Ley de 22 diciembre 1949](#) , sobre transporte internacional de mercancías en régimen de conocimiento de embarque.

101.- Llegados a este punto, el juzgador conviene con la reconviniente en el sentido de que, en efecto, nos encontramos con una cadena de contratos ligados en sus consecuencias económicas. En efecto, Oldendorff tiene a su disposición el buque por su contrato de fletamento. Y lo cede en subfletamento a Milange o su nominee, esto es a Holding Trading SA, que nombra el buque Irán Hamzeh para que el día 26 de enero de 2008 esté atracado en el Puerto de Carboneras, en la terminal de Holcim España SA, para recibir la mercancía. Holcim España SA ha concertado un contrato de embarque con la subfletadora. Y para ello debe comenzar a embarcar (tenía preparados los profesionales para agujerear las bodegas el mismo día 26 de enero) inmediatamente, y debe hacerlo garantizando 8.000 tm de carga diaria. El 28 de enero de 2008 acababa la plancha del buque (así lo dice el Sr. Matías), de forma que, si la carga se demoraba, surge la demora (demurrage, o sobrestadías del art. [652.11ª del Código de Comercio](#)); el cargador paga 8.000 €; al día (hecho 43). Si la carga está lista antes de ese día, se produce la prima por despacho (dispatch money), calculada bajo el sistema de half dispatch (mitad de la demora, 4.000 €;), a pagar por el fletador al cargador.

102.- Así resulta de la cláusula 9 .k del contrato de embarque. En consecuencia, no puede decirse que Holcim Trading SA o Holcim España SA no tenían obligaciones sobre el buque. Estas cláusulas son usuales en el contrato de fletamento por viaje. El armador, en virtud de su contrato de fletamento por tiempo, tiene obligación de estar en el puerto de carga cuando se le designe, y avisar al cargador para empezar a cargar de forma inmediata y ganar tiempo. Como dijeron los dos representantes de Holcim, estamos en una cadena de contratos que llegan hasta el armador. Si el buque se demora en la carga, paga Holcim España los 8.000 €; al día; se lo paga a su comprador, Holcim Trading SA. Como éste tiene un contrato de subfletamento, éste le paga a Oldendorff, fletador del barco, que después liquidará con el armador. En efecto, el tiempo es sustancial en los contratos de arrendamiento por tiempo. En suma, es cierto que Holcim Trading compra FOB, pero asume también la carga del buque; si no él, sí contratándola con Holcim Trading SA, y asume el transporte puesto que para eso ha nominado un buque, salvo que se indique de qué otra manera se contrató el transporte con este buque (art. [386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil](#)). La realidad es que hubo un contrato de subfletamento por viaje entre Holcim Trading SA con Oldendorff.

103.- Y, en efecto, el tiempo es sustancial en estos contratos, por las consecuencias que conlleva. Un solo día de demora vale en este contrato de embarque (similar en otros muchos) 8.000 €;. Y para el armador, un día de suspensión del flete le vale 56.000 \$ USA. Hasta tal punto es esencial el tiempo que en el régimen del [Código de Comercio](#) el flete por tiempo se devenga desde el mismo día de puesta a disposición (art. [658 del Código de Comercio](#)). Si el buque no está en disposición, se produce la suspensión del devengo del flete, lo que se denomina el off-hire, de tal forma que el buque no devenga

flete por los días en que se ha producido esa falta de disposición. El contrato de fletamento del armador con su fletador recoge esta institución del contrato de fletamento por tiempo en la cláusula 15 (hecho probado 20).

104.- Con relación a que si el buque estuvo en situación de off-hire, la realidad es que sí que lo estuvo. Así se recoge en el hecho probado 116 con apoyo en el documento n° 28 de reconvenición, que, además, ha sido ratificado por el fletador, según resulta de la única de las tres comisiones remitidas a Alemania a estos fines. Es un hecho fuera de discusión: el buque estuvo en situación de falta de devengo de flete por el accidente en cuestión, y lo confirmó el Capitán en el acto de la prueba anticipada, que incluso habla de que el buque estuvo on-hire desde que salieron de Marruecos: por tanto, mucho más allá del día en que se levantó el embargo preventivo. Es indiferente que el letrado de la reconviniente nos traiga a colación la sentencia Laconian Confidence y las causas de la declaración off-hire, porque esa declaración es responsabilidad del fletador, no traído a este procedimiento; además, no se discute en este procedimiento las causas que llevaron a Oldendorff a declarar el buque off-hire. El documento n° 28 es expresivo en este sentido: el buque quedó off-hire.

105.- Esta concatenación de los contratos existentes obliga, en efecto, a las partes a actuar de buena fe, como exigen los arts. 7 y [1258 Cc](#) y 57 del [Código de Comercio](#). En efecto, la buena fe exige, en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los contratos, la observancia de una conducta ética significada por los valores de honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y avenimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre pueda provocar en el ámbito de la confianza ajena, pues la buena fe, como principio general del derecho, ha de informar todo contrato y obliga a un comportamiento humano objetivamente justo, leal, honrado y lógico (SSTS [de 16 de octubre de 2002](#) , 21 de septiembre de 1987 y 26 de octubre de 1995). Si bien el fletante y el fletador tienen asumida jurisprudencialmente una responsabilidad solidaria frente a terceros (en este caso cargadora y subletadora), según resulta de las SSTS [de 24 de abril de 1995](#) , 17 de julio de 1995 y 18 de diciembre de 1997 , la obligación del subfletador y el cargador, si no es expresamente solidaria, sí que exige un comportamiento leal frente a todos los que intervienen en la aventura marítima. Y, en efecto, existe un comportamiento desleal por las dos empresas del grupo Holcim implicadas: si está prevista la posposición del embarque, el buque debe tener conocimiento de esas circunstancias. Por tanto, la declaración de fuerza mayor que exige el contrato de embarque, o la cancelación del mismo, no son elementos que afectan a los dos contratantes exclusivamente, sino que son elementos de los que deben tener conocimiento todos los relacionados en la aventura marítima. Les va en ello el pago de sobrestadías o la suspensión en el devengo del flete.

106.- El principio de solidaridad de pérdidas, vigente desde antaño en el negocio marítimo, exige que, caso de inseguridad del puerto, si el cargador no quiere estar sujeto a demora, es que declare fuerza mayor, o cancele el embarque, cosa que los dos representantes de Holcim reconocen que no hicieron. Les era indiferente, porque el comprador, a la sazón el mismo vendedor (su offshore, Milange), no va a exigir demoras. En cambio, quien ha recibido pérdidas por este accidente es el armador del buque, cuyo fletador dio lugar a la suspensión en el devengo del flete; y en esa situación, esperaba la salida del buque, su despacho, y a la consiguiente declaración de la cargadora. Así se lo hace saber el capitán al agente protector, según resulta de los correos electrónicos que cruzan Juan Francisco y el capitán del buque (hechos probados 93 y 94). Por tanto, comparte el juzgador con la reconvenida que el principio de buena fe contractual hubiera exigido una actitud más leal por el grupo Holcim, que debería haber declarado fuerza mayor, conforme al art. 13 del contrato de compra, o, al menos, haber cancelado el embarque, porque no consta que, por esa falta de cancelación, Holcim España haya pagado demora; en cambio sí que consta que la reconvenida ha sufrido la declaración de off-hire del contrato de fletamento por tiempo que tenía.

107.- Lo que ocurre es que, de acuerdo el juzgador con la demandada reconvenida, esa declaración de fuerza mayor o de cancelación del embarque es indiferente en este caso, pues en el despacho del buque no sólo influyó esa falta de declaración, sino, fundamentalmente, la Autoridad marítima local, según resulta del documento n° 21 de reconvenición y documento remitido vía fax por la autoridad marítima el día 19 de marzo de 2009. Corresponde a esa Capitanía inspeccionar y despachar los buques (art. 3, 86.3 y 88.3.a de la Ley 27/1992, de 24 noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante). Caso de hacerse a la mar un buque sin el despacho administrativo de salida, la Capitanía marítima puede detener el buque, sin perjuicio de otras medidas menos gravosas (art. 109 LPMM). Si del resultado de una inspección resultase que las deficiencias observadas son manifiestamente peligrosas para la seguridad, la salud o el medio ambiente, la autoridad competente del Estado rector del puerto en el que se efectúe la inspección del

buque procederá a inmovilizarlo, o a detener la operación en la cual se hayan observado las deficiencias (art. 19.2 de la Directiva 2009/16 / [CE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 sobre el control de los buques por el Estado rector del puerto). Esas inspecciones pueden ser medidas por sociedades reconocidas de clasificación, como, entre otras, Lloyd's Register.

108.- Ante la avería producida, consta que la autoridad marítima requirió informe de una sociedad de clasificación, y solicitó aclaraciones a su contenido, una vez en su disposición el informe del Sr. Onesimo, y ese informe está a disposición de la Autoridad Portuaria, según resulta de la información remitida por la Autoridad Portuaria, el día 1 de febrero de 2008, precisamente el día que este Juzgado acuerda el embargo del buque; y, precisamente, ese es el día del término final de liquidación de daños que se reclama a la demandada reconvenida: solicita desde el devengo del flete desde el día 27 de enero a 1 de febrero de 2008. Pues bien, lo cierto es que ese informe entró en capitanía el mismo día en que se iba a despachar el buque, y que, además, los informes ampliatorios fueron entregados durante el plazo de embargo judicial, no antes. En consecuencia, cuando el buque pudo ser despachado, el día 5 de febrero, pesaba aún el embargo preventivo, y la Autoridad marítima no podía despachar el buque. Holcim España puede haber sido responsable de embargar un buque que estaba a punto de ser despachado, pero no por las estadías anteriores al embargo preventivo, pues la Autoridad marítima no podía despachar el buque antes de que este Juzgado dictara la orden de embargo y detención.

109.- Se queja la reconviniente de la actitud de Juan Francisco y de Vera Consignatarios SA. Ciertamente, el comportamiento de ese agente resulta extraño. En primer lugar, hay un claro conflicto de intereses desde un primer momento entre la armadora y Holcim España SA, por lo que este agente debería haber extremado los intereses y renunciar a uno de los encargos. Consta que el agente dice que el informe de Onesimo estaba siendo traducido, cuando la realidad es que no hacía falta esa traducción. Desgraciadamente, el mundo marítimo se mueve en inglés, sólo en inglés. En la maniobra de autos, el práctico y el capitán convergieron en el sentido de que el idioma en que se comunicaban era el inglés, y después el práctico utilizaba el canal 12-VHF para transmitir la orden a los remolcadores, ahora en castellano por ser lengua local, minoritaria en el mundo de la navegación. Igualmente, los contratos de fletamento, como el de autos, están redactado en inglés, es uno de los típicos formularios emitidos por las asociaciones marítimas. No es raro verlos en ese idioma en contratos de fletamento de cabotaje. Igualmente, el empleado de la sociedad de clasificación, a pesar de que se expresa en perfecto castellano, sin acento extranjerizante, dice emitir sus informes sólo en inglés. El alza de esa cultura llega hasta el mismo mundo del Derecho, pues las polémicas doctrinales creadas en países latinos en torno al fletamento (nolisement francés, noleggio italiano, flete español) tienen su origen en que en el Derecho Inglés estos contratos están casualizados en el arrendamiento (time charter, time charter by demise, bareboat charter...).

110.- No hacía falta traducir el informe. Pero lo cierto es que, en la secuencia de acontecimientos, no hay demora considerable. Según el paquete de correos electrónicos que se han aportado a las actuaciones, el accidente se produce un sábado, y el lunes siguiente, día 28, no se puede desplazar el técnico de la Sociedad de Clasificación al buque. Se desplaza al día siguiente, y el día 29 está listo el informe de clasificación, que llega a Capitanía al día siguiente, día 30 de septiembre. Pero, según manifiesta la Capitanía Marítima, ese informe no le bastaba para despachar el buque, pues pide aclaraciones. Antes de esas aclaraciones, se adelanta la actora y pide el embargo del buque, ciertamente cuando ya había pospuesto el embarque para Guinea Conakry, pero aún no estaba toda la documentación requerida por la Capitanía marítima para despacharlo. A partir del día 1 de febrero el buque está embargado por este Juzgado, por un valor ciertamente inexistente según resulta probado en esta resolución, pero el permiso administrativo del buque para salida aún no había sido emitido. En consecuencia, la pérdida de flete de esos días no puede ser imputada Holcim España SA por no cancelar el embarque o por no haber declarado fuerza mayor, sino porque, incluso cuando así hubiera sido, las obligaciones de la Capitanía Marítima de exigir la seguridad de la navegación, teniendo constancia del accidente, le hubieran llevado actuar como lo hizo, por lo que la demanda reconvenida también será desestimada.

111.- Sin imposición de costas a ninguna de las partes por cuanto, además de la compensación mutua entre reconviniente y reconvenida en sus dos acciones, las acciones contra el Sertosa y la Coroporación de prácticos están justificadas por falta de delimitación del sujeto responsable, presentando la presente litis serias dudas de hecho. Lo cual ha justificado la extensa exposición de esta sentencia (art. 394.1 LECN).

VISTOS los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación, en atención a lo expuesto

F A L L O

Que desestimando íntegramente la demanda, presentada por D. JAVIER ROMERA GALINDO, en nombre y representación de HOLCIM ESPAÑA, SA, contra ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN SHIPPING LINES, SERVICIOS AUXILIARES DE PUERTOS, S.A. (SERTOSA) y la CORPORACIÓN DE PRÁCTICOS DEL PUERTO DE GARRÚCHA-CARBONERAS, y desestimando íntegramente la demanda reconvenional, presentada por D^a NATALIA FUENTES GONZÁLEZ, en nombre y representación de ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN SHIPPING LINES, contra HOLCIM ESPAÑA, SA,

1.- Absuelvo a todos los demandados de las pretensiones formuladas, respectivamente, en su contra.

2.- Sin imposición de costas.

Llévese el original de esta resolución al libro de sentencias y autos definitivos, dejando testimonio literal de la misma en las actuaciones.

Firme que sea esta resolución, y ejecutado lo acordado, procédase al archivo definitivo de las actuaciones, previas las inscripciones correspondientes en los libros registro de este Juzgado.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación, ante este Juzgado, en el plazo de cinco días desde su notificación y para resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Almería.

Para interponer el recurso de apelación habrá de constituirse un depósito de 50 €; en la cuenta de depósitos de este Juzgado, el mismo día de su presentación o a los dos días siguientes. De no efectuarse el depósito en los plazos indicados, el recurso no se admitirá a trámite. El depósito se devolverá a la recurrente sólo en el caso de que el recurso sea admitido total o parcialmente, según ordene la resolución final del recurso de apelación ([Disposición adicional decimoquinta](#) de la [Ley Orgánica del Poder Judicial](#) , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre).

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION: La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Juez que la suscribe en audiencia pública, en el día de su fecha, y ante mi presencia, de lo que doy fe.