

La supuesta concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en un mismo abordaje marítimo

JOSÉ MANUEL MARTÍN OSANTE

Área de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho de San Sebastián
Becario de Investigación del Gobierno vasco

SUMARIO: 1. *El régimen de responsabilidad previsto por la normativa reguladora del abordaje marítimo*: A) Responsabilidad extracontractual. B) Algunas diferencias esenciales entre el régimen jurídico del abordaje marítimo y el del contrato de transporte marítimo.–2. *La supuesta concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en un mismo abordaje marítimo*: A) Posicionamiento doctrinal y legal: Exclusión de la aplicación de las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual cuando sean aplicables las normas reguladoras de la responsabilidad contractual. B) Argumentos a favor de la exclusión. C) Estructuración jurídico-material y procesal de la exclusión.–3. *Un supuesto concreto: STS de 22 de julio de 1997 (RJA 6156)*: A) El criterio de la «rigurosa órbita de lo pactado» y sus negativas consecuencias. B) La «both to blame collision clause».–4. *Conclusiones*.

1. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PREVISTO POR LA NORMATIVA REGULADORA DEL ABORDAJE MARÍTIMO

A) RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

La normativa comparada [arts. 482 a 488 *Codice della Navigazione* (Cod. nav.); §§ 734 a 739 *Handelsgesetzbuch* (HGB); sects. 187 a 190 *Merchant Shipping Act 1995* (MSA 1995); e incluso los derogados §§ 106 a 108 *Seehandelschiffahrtsgesetz der DDR* (SHSG)] e internacional (Convenio de 1910 para la unificación de ciertas reglas en materia de abordaje –Conv. 1910–) reguladora del abordaje marítimo configura de forma expresa un sistema de responsabilidad extracontractual¹. Es decir, el régi-

¹ Tal y como resulta de lo dispuesto en el artículo 10 Conv. 1910, artículo 486 Cod. nav., § 737 I HGB, sects. 187 (5), 188 (3) y 189 (3) MSA 1995, y en el derogado § 105 III SHSG, las normas reguladoras del abordaje marítimo no son aplicables a los accidentes de este tipo que generen una responsabilidad de carácter contractual, como consecuencia de

men de responsabilidad que deriva exclusivamente del incumplimiento de la norma genérica de no causar daños a los demás (*alterum non laedere*). Quedando así al margen de dicha normativa la responsabilidad que deriva del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de una relación obligatoria –generalmente un contrato– previa existente entre el responsable de la acción u omisión dañosa y el perjudicado por la misma².

Al contrario de lo dispuesto por la normativa comparada e internacional, la regulación del abordaje marítimo contenida en nuestro Código de Comercio no incluye una disposición –similar a las previamente mencionadas– donde se prevea la inaplicabilidad de las normas sobre responsabilidad por abordaje a las relaciones contractuales previas (transporte, pasaje, trabajo, arrendamiento de buque, remolque...), existentes entre naviero responsable del abordaje marítimo y perjudicado por el mismo, que hayan sido infringidas como consecuencia de dicho abordaje³. No

la infracción de un contrato de transporte marítimo, de trabajo, de remolque u otros. Y así lo reconoce la doctrina comparada de forma prácticamente unánime, cfr. RODIÈRE/PONTAVICE, *Droit Maritime*, 12.ª ed., 1997, p. 439; REMOND-GOULLAUD, *Droit Maritime*, 2.ª ed., 1993, p. 252; RODIÈRE, *Traité général de Droit maritime, Événements de mer*, 1972, pp. 29 y 32; RIGHETTI, *Trattato di Diritto Marittimo*, III, 1994, p. 344; LEFEBVRE D'OVIDIO/PESCATORE/TULLIO, *Manuale di Diritto della Navigazione*, 8.ª ed., 1996, p. 661; ROMANELLI/SILINGARDI, voz: «Urto di navi o aeromobili», *Enciclopedia del Diritto*, XLV, 1992, p. 909; MANCA, *Studi di Diritto della navigazione*, III, 1962, p. 97; MARSDEN, *The Law of collisions at sea*, 11.ª ed. por McGUFFIE, Kenneth C., en *British Shipping Laws*, IV, 1961, pp. 226 a 228; WÜSTENDÖRFER, *Neuzeilisches Seehandelsrecht*, 2.ª ed., 1950, p. 402; ABRAHAM, *Das Seerecht*, 4.ª ed., 1974, p. 242; SCHAPS/ABRAHAM, *Das Seerecht in der Bundesrepublik Deutschland. Kommentar und Materialsammlung*, II, 4.ª ed., 1978, p. 1226; PRÜBMANN/RABE, *Seehandelsrecht*, 3.ª ed., 1992, pp. 864 y 892; y TROTZ, en: RICHTER-HANNES/TROTZ, *Kommentar zum Seehandelsschiffahrtsgesetz der Deutschen Demokratischen Republik*, 1979, p. 210, quienes consideran que la normativa relativa al abordaje –prevista en los diferentes Ordenamientos comparados– regula exclusivamente la responsabilidad de carácter extracontractual que derive de dicho accidente.

² Vid. por todos, PANTALEÓN, «Comentario del Código civil (art. 1902)», en *Comentario del Código civil*, II, dir. por PAZ-ARES/DÍEZ-PICAZO/BERCOVITZ/SALVADOR CODERCH, Ministerio de Justicia, 1991, p. 1977; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, 7.ª ed., 1995, p. 591; DE ANGEL, *Tratado de responsabilidad civil*, 1993, pp. 13, 14, 24 y 25; y GARCÍA VALDECASAS, «El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español», en *RDP*, 1962, pp. 831 y 832; quienes adoptan como criterio de distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual la determinación de si el daño causado –generador de la responsabilidad– constituye la infracción de una relación obligatoria previa entre dañante y dañado. Si efectivamente es así la responsabilidad será contractual y si el acto ilícito dañoso no constituye una infracción de una relación de ese tipo sino exclusivamente un quebrantamiento de la norma genérica de no causar daños a los demás la responsabilidad será extracontractual.

³ Aunque sí sería conveniente –pensando en una hipotética futura reforma de esta materia– introducir una disposición que limitase expresamente la aplicabilidad de la normativa reguladora del abordaje a los supuestos generadores de responsabilidad extracontractual, aclarando así cuál es el ámbito de aplicación de esta normativa. Tal y como señala RUIZ SOROA, «Reforma del Derecho español en materia de accidentes de la navegación marítima», en *Estudios jurídicos en Homenaje a Aurelio Menéndez*, III, 1996, p. 4122; ídem, *Manual de Derecho de accidentes de la navegación*, 1992, p. 18; las disposiciones del Código de Comercio relativas al abordaje marítimo «incluyen indistintamente supuestos contractuales (responsabilidad frente a los cargadores) o extracontractuales (frente al armador del otro buque)», pero la responsabilidad derivada de las infracciones contractuales tiene ya su propia regulación tanto a nivel interno como internacional, regu-

obstante, la doctrina de forma prácticamente unánime⁴ y diversas sentencias del Tribunal Supremo⁵ manifiestan que los artículos 826 a 839, y 953 CCom disciplinan un régimen de responsabilidad de carácter extracontractual.

lación que debe ser respetada, siendo un medio adecuado para ello reformar la normativa relativa al abordaje incluyendo un precepto que establezca la aplicabilidad de la misma únicamente a los supuestos de responsabilidad extracontractual.

⁴ Así, para GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, II, 8.ª ed., 1983, pp. 827 y 828, la regulación prevista en nuestro Código de Comercio para el abordaje marítimo «descansa sobre los principios civiles de la culpa extracontractual», destacando posteriormente cómo el artículo 826 CCom recoge el «principio de responsabilidad propio de la culpa aquiliana» y la similitud de este artículo con los artículos 1902 y 1903.IV CC. Apreciaciones compartidas por RODRÍGUEZ ARTIGAS, «En torno al régimen jurídico del abordaje en el Derecho Marítimo», en *Estudios en Homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, pp. 706 y 708; ídem, voz: «Abordaje», *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Civitas, 1995, pp. 18 y 19 (en relación con el Código de Comercio básicamente, pero también aludiendo al resto de regulaciones del abordaje); RUIZ SOROA, *Manual de Derecho de accidentes...*, cit. (n.ª 3), p. 23 (para las diferentes normativas encargadas de disciplinar el abordaje marítimo); CUÑAT EDO, «El régimen del abordaje en el Código de Comercio y la posible responsabilidad sin culpas», en *RJC*, 1974, núm. 4, p. 774 (sin aludir a una normativa específica); RODRÍGUEZ CARRIÓN, «El abordaje: su concepto y delimitación», en *Estudios jurídicos en Homenaje a Aurelio Menéndez*, III, 1996, p. 4069 (también con carácter general). En esta línea, para URÍA, *Derecho mercantil*, 24.ª ed., 1997, núm. 1231, la regulación del abordaje marítimo prevista en el Código de Comercio y en el Convenio de 1910 relativo a este accidente marítimo constituye una «derivación especial» de los principios comunes de la responsabilidad extracontractual. De modo similar, MENÉNDEZ, «La responsabilidad del naviero por actos del capitán en nuestro Código de Comercio», en *REDM*, fasc. 5, 1966-67, p. 82, al advertir que «la responsabilidad extracontractual del naviero por actos del capitán» se encuentra prevista en nuestro Código de Comercio exclusivamente para el supuesto del abordaje marítimo; ídem, *El contrato de remolque*, 1964, p. 234, al considerar que la regulación del abordaje marítimo configura «una disciplina «maritimista» sobre responsabilidad extracontractual». O nos encontramos, en lo que respecta únicamente al artículo 827 CCom, ante una «manifestación específica» de los artículos 1902 y 1903.IV CC, vid. MARTÍNEZ JIMÉNEZ, «El abordaje por culpa común y la responsabilidad por los daños a la carga», en *ADM*, X, 1993, p. 69, quien resalta además la «naturalidad extracontractual» de la reclamación dirigida por el perjudicado como consecuencia de un abordaje contra el «“buque” no porteador». Asimismo, ARROYO, «Convenios internacionales y Derecho interno (Referencia especial a la limitación de la responsabilidad por abordaje)», en *ADM*, II, 1982, pp. 12 y 13.

⁵ Cfr. STS de 20 de diciembre de 1930 (RJAr 1367), cuyo Considerando Segundo hace referencia a la figura del naviero con las expresiones siguientes: «tercera persona, civilmente responsable del abordaje conforme a los preceptos (...) del Código de Comercio», destacando así la condición del naviero –responsable por el abordaje marítimo, de acuerdo con lo previsto en el Código de Comercio– como persona ajena a las relaciones contractuales que el demandante-perjudicado pudiese tener con otras personas; STS de 17 de abril de 1964 (RJAr 1953), al disponer en su Considerando Segundo que la responsabilidad del naviero por los daños y perjuicios derivados del abordaje marítimo se encuentra fundamentada en «los principios civiles de la culpa aquiliana, como lo revela la armonía que existe entre el artículo 826 del C. Com. y los 1902 y 1903, párrafo 4.º, del civil», o como señala el Considerando Tercero: «en los principios civiles de la culpa extracontractual», en definitiva, la sentencia viene a confirmar la configuración del régimen de responsabilidad por abordaje marítimo instaurado en el Código de Comercio como un régimen de responsabilidad extracontractual; configuración que reitera la STS de 13 de junio de 1984 (RJAr 3237), en su Considerando Tercero; y la STS de 22 de julio de 1997 (RJAr 6156), aludiendo en los Fundamentos de Derecho Segundo, Cuarto y Quinto a la responsabilidad por abordaje marítimo recogida en los artículos 826 y 827 CCom, con la denominación de responsabilidad extracontractual o –empleando una denominación más correcta a juicio del Ponente– de obligación nacida de acto ilícito.

B) ALGUNAS DIFERENCIAS ESENCIALES ENTRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ABORDAJE MARÍTIMO Y EL DEL CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO

El régimen de responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo y el de responsabilidad contractual por infracción del contrato de transporte marítimo presentan, entre otras, las siguientes diferencias:

1.º La normativa reguladora del contrato de transporte marítimo bajo conocimiento de embarque prevé la posibilidad de que el porteador quede exonerado de responsabilidad en caso de concurrir la denominada culpa náutica⁶. Exoneración que no recogen las normas del Código de Comercio ni del Convenio de 1910 relativas a la responsabilidad extracontractual del naviero por abordaje marítimo.

2.º El sistema de limitación de responsabilidad derivada del contrato de transporte marítimo es el de abandono, conforme al artículo 587 CCom, frente al de limitación *ad valorem* del artículo 837 CCom previsto en relación con la responsabilidad extracontractual del naviero por abordaje marítimo⁷.

3.º El plazo de prescripción de la acción para exigir la responsabilidad contractual derivada del contrato de transporte marítimo es de un año «contado el plazo de la prescripción desde el día de la entrega del cargamento en el lugar de su destino, o del en que debía verificarse según las condiciones de su transporte» (art. 952.2.º CCom, plazo que también

⁶ En este sentido, el artículo 4.2.a) Reglas de La Haya-Visby 1924/68 (RHV) dispone la exclusión de responsabilidad del porteador por las pérdidas o daños provenientes de las faltas de sus dependientes («capitán, marinero, piloto o dependientes del porteador») «en la navegación o en la administración del buque» [art. 4.2.a) RHV «... from act, neglect or default of the master, mariner, pilot or servants of the carrier in the navigation or in the management of the ship»], al igual que el posterior artículo 8.a) Ley de Transporte Marítimo de mercancías de 22 de diciembre de 1949 (LTM); es decir, por la denominada falta o culpa náutica de los dependientes del porteador, por oposición a la culpa o falta comercial de los dependientes del porteador que sí generaría su responsabilidad. Cfr., por todos, RIGHETTI, *Trattato di Diritto Marittimo*, II, 1990, pp. 746 a 752; y RUIZ SOROA, en RUIZ SOROA/ZABALETA SARASÚA/GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho del Transporte marítimo*, 2.ª ed., 1997, pp. 450 a 452; quienes ponen de manifiesto lo difícil que resulta diferenciar entre ambas. Si bien esta modalidad de exoneración –falta o culpa náutica– ya no se encuentra prevista en las Reglas de Hamburgo de 31 de marzo de 1978 (RHamb), cfr. RIGHETTI, *Trattato...*, II, cit. (n.º 6), p. 841.

⁷ En este sentido de reconocer la duplicidad de sistemas de limitación previstos en nuestro Ordenamiento dependiendo de la modalidad de responsabilidad –contractual o extracontractual por abordaje marítimo– que se pretenda limitar *vid.*, entre otros, GARRIGUES, *op. cit.* (n.º 4), pp. 611 y 617 a 619; URÍA, *op. cit.* (n.º 4), núm. 1142; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, II, 20.ª ed., 1997, pp. 489 y 490; MARTÍNEZ JIMÉNEZ, *op. cit.* (n.º 4), p. 70, n.º 126; y GARCÍA-PITA, *La limitación de la responsabilidad civil del naviero. (Análisis sistemático del Derecho comparado y perspectivas de reforma del Derecho español)*, 1996, pp. 81, 82 y 131 a 138, donde analiza los problemas existentes para compatibilizar ambos sistemas de limitación. Aunque no es pacífica la admisión de la vigencia del artículo 837 CCom, así RUIZ SOROA, *Manual de Derecho de accidentes...*, cit. (n.º 3), pp. 74 y 75, considera derogado dicho precepto tras la incorporación a nuestro Derecho interno de los Convenios internacionales sobre limitación de responsabilidad.

prevé el art. 22.IV LTM). En cambio, el plazo de prescripción de la acción para exigir la responsabilidad extracontractual del naviero por abordaje marítimo es de dos años (arts. 953.I CCom y 7.I Conv. 1910) desde que se produjo el accidente en cuestión o desde que finalizó la instrucción de las diligencias penales, en su caso⁸.

4.º El artículo 952 2.º CCom prevé como requisito necesario para ejercitar la acción de responsabilidad por los daños o pérdidas de las mercancías contra el porteador, que el receptor formalice «*las correspondientes protestas o reservas*» relativas al defectuoso estado de las mercancías recibidas, bien en el momento de la entrega si los daños eran aparentes, es decir, si aparecían «*al exterior de los bultos recibidos*», o bien «*dentro de las veinticuatro horas siguientes*» a dicha entrega si los daños no aparecían «*al exterior de los bultos*». Por otra parte, los artículos 3.6 RHV y el 22 I y II LTM disponen, asimismo, que el receptor debe realizar las reservas o protestas «*antes o en el momento de retirar las mercancías*» si los daños o pérdidas son aparentes, o, dentro de «*los tres días siguientes a la entrega*» si los daños no son aparentes o, de lo contrario, se presumirá que la entrega de las mercancías se realizó en buen estado⁹. Frente a lo previsto por esta normativa relativa a la responsabilidad contractual por daños a las mercancías, el Convenio de 1910 sobre el abordaje marítimo no exige la práctica de formalidades previas para poder ejercitar la acción de responsabilidad extracontractual por abordaje. Y si bien es cierto que los artículos 835 y 953 CCom requieren la formulación de una protesta previa, ésta debe realizarse dentro de las veinticuatro horas siguientes a la del abordaje o a la de arribada del buque al primer puerto tras el abordaje. De modo que no coincidiría con los mencionados plazos previstos para el ejercicio de las protestas o reservas previas al ejercicio de la acción de responsabilidad contractual por daños o pérdidas de las mercancías. E incluso, en ocasiones, los Tribunales entienden que la no formulación de la protesta con anterioridad al ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual por abordaje al amparo de lo dispuesto por nuestro Código de Comercio en relación con este accidente marítimo no perjudica el posterior ejercicio de dicha acción¹⁰.

⁸ Vid., entre otros, MARTÍNEZ JIMÉNEZ, *op. cit.* (n.º 4), p. 70, n.º 125; GÓMEZ CALERO, *Derecho de las averías y de los accidentes marítimos*, 1992, p. 73; y RODRÍGUEZ DE SANABRIA, «Aspectos jurídicos del abordaje», en *ADM*, X, 1993, p. 338; quienes dejan constancia del diferente plazo de prescripción previsto para ambos tipos de acciones.

⁹ Cfr. RUIZ SOROA, en RUIZ SOROA/ZABALETA SARASÚA/GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.* (n.º 6), p. 481, quien pone de manifiesto que la omisión del ejercicio de las protestas o reservas previstas en el artículo 952 2.º CCom provoca «*la pérdida de la acción para reclamar*» los daños o pérdidas de las mercancías contra el porteador, mientras que la omisión de las protestas o reservas a las que aluden los artículos 3.6 RHV, y 22 I y II LTM simplemente crea la «*presunción de entrega en buen estado a favor del porteador*», es decir, se invierte la carga de la prueba en contra del receptor en el sentido de que deberá aportar pruebas dirigidas a desvirtuar dicha presunción.

¹⁰ Cfr., por todos, GARRIGUES, *Curso...*, 8.ª ed., cit. (n.º 4), p. 829, al considerar en relación con la protesta previa prevista por los artículos 835 y 953 CCom que se trata de

2. LA SUPUESTA CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL EN UN MISMO ABORDAJE MARÍTIMO

A) POSICIONAMIENTO DOCTRINAL Y LEGAL: EXCLUSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL CUANDO SEAN APLICABLES LAS NORMAS REGULADORAS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Los abordajes marítimos pueden constituir exclusivamente una infracción de la norma genérica de no causar daños a los demás (*alterum non laedere*), generadora de responsabilidad extracontractual. En tal caso, la normativa aplicable sería la reguladora del abordaje marítimo, ya que -como hemos indicado previamente- dicha normativa configura un sistema de responsabilidad extracontractual. Pero este *accidente* puede constituir asimismo la causa de la infracción de un contrato previo (de transporte marítimo, por ejemplo) existente entre el naviero responsable del abordaje y el dañado por el mismo. Esta última modalidad de abordaje marítimo sería susceptible -en principio- de integrar los supuestos de hecho de las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo y de las normas reguladoras de la responsabilidad contractual por infracción del contrato de transporte marítimo, o de pasaje, etc. Ante un accidente de estas características, se plantea la cuestión de si la infracción de las normas reguladoras de la obligación previa-

un requisito cuya exigencia «*ha sido atenuada por la jurisprudencia*». En este sentido, la STS de 22 de diciembre de 1910 (*Jurisprudencia civil*, 1910, n. 128), en su Considerando Segundo entiende cumplido el requisito de la presentación de protesta de los artículos 835 y 953 II CCom, pese a que no la formuló personalmente el capitán; o pese a su formulación ante el Juzgado, Considerando Segundo de la STS de 20 de diciembre de 1930 (RJA 1367); o bastaría con el ejercicio de una reclamación de indemnización, Considerando Primero, SAT de Pamplona, 4 de febrero de 1980 (*ADM*, I, 1981, pp. 803 a 805); o simplemente considera que dicho presupuesto de admisibilidad de la acción de indemnización puede incumplirse sin que esto perjudique el posterior ejercicio de dicha acción, Fundamento de Derecho Quinto, SAP de Málaga, 13 de junio de 1995 (*ADM*, XIV, 1997, pp. 889 a 894). No obstante, también existen decisiones contrarias a esta tendencia, cfr. SAT de Las Palmas, 2 de junio de 1980 (*ADM*, I, 1981, pp. 797 a 799), cuyo Considerando Primero alude al carácter de requisito indispensable de la formulación de la protesta prevista en el artículo 835 CCom para poder reclamar la posterior indemnización de los daños derivados del abordaje marítimo; y SAP de Santa Cruz de Tenerife, en sus Considerandos Primero y Segundo declara que la presentación de protesta a la que aluden los artículos 835 y 953 CCom tiene un «*carácter estrictamente procesal e inexcusable*» constituyendo un «*requisito procesal previo cuyo incumplimiento provoca la falta de posibilidad de ejercitar con éxito la acción indemnizatoria por abordaje*».

En cualquier caso, la ausencia de presentación de protesta no perjudicará «*a los interesados*» en ejercitar la acción de responsabilidad por los daños personales o a las mercancías derivados del abordaje «*que no se hallaban en la nave o no estaban en condiciones de manifestar su voluntad*» (art. 836 CCom). Cfr. una aplicación de dicho precepto en la STS de 22 de julio de 1997 (RJA 6156), Fundamento de Derecho Sexto.

mente establecida entre las partes excluye la aplicabilidad de la normativa extracontractual («concurso determinante del desplazamiento de normas», o «no acumulación», o «no posibilidad de opción»), o si ambas normativas serían aplicables para determinar el alcance de la responsabilidad derivada del abordaje marítimo, en el sentido de posibilidad de opción por parte del demandante perjudicado en torno a la normativa aplicable («acumulación» u «opción» de acciones –de responsabilidad contractual y extracontractual–), o si ambas normativas son aplicables porque fundamentan una pretensión única («concurso de normas fundamentadoras de una única pretensión») ¹¹.

En este sentido, la solución adoptada por el sector mayoritario de nuestra doctrina maritimista, (en relación con la normativa aplicable a los abordajes marítimos que sean susceptibles de integrar los supuestos de hecho de las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo y de las normas reguladoras de la responsabilidad contractual por infracción del contrato previamente existente entre responsable y dañado por el abordaje marítimo), consiste en que la aplicabilidad de las normas sobre responsabilidad contractual –legales o contractuales– excluye la posible aplicación de las disposiciones sobre responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo ¹². Es decir, adop-

¹¹ De acuerdo con PANTALEÓN, voz: «Concurso de pretensiones», *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Civitas, 1995, p. 1370, cabría la posibilidad de estructurar en torno a dichas tesis las posturas adoptadas por la doctrina acerca de la normativa aplicable a los actos dañosos que puedan subsumirse en los supuestos de hecho de las normas reguladoras de la responsabilidad contractual y extracontractual, quien explica brevemente cuáles son las repercusiones prácticas de adoptar una u otra tesis. Cfr., asimismo, en LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7.ª ed., 1989, pp. 263 a 269, el alcance de dichas posturas en relación con el Derecho alemán.

¹² Así, *vid.* entre otros, RODRÍGUEZ ARTIGAS, «En torno al régimen jurídico del abordaje...», cit. (n.º 4), pp. 706 y 708, al excluir la aplicabilidad de la normativa reguladora del abordaje marítimo a la responsabilidad que surja entre «*personas vinculadas por una relación contractual*», la cual quedará sujeta a las normas reguladoras de la modalidad contractual específica infringida; ARROYO, «Convenios internacionales y Derecho...», cit. (n.º 4), pp. 12 y 13, reconoce que la acción del «*titular de la carga*» contra el «*naviero porteador*» reclamando la indemnización de los daños y perjuicios causados a la carga como consecuencia del abordaje marítimo se basa en las normas de responsabilidad contractual (pese a que en relación con el contrato de pasaje marítimo constata que la tesis de la «*compatibilidad entre las acciones contractuales y extracontractuales*» con opción para el perjudicado es la única deducible de las sentencias del Tribunal Supremo sobre esta materia, cfr. ARROYO, «Notas sobre el contrato de pasaje marítimo», en *ADM*, X, 1993, p. 297, n.º 25, lo cual supone una implícita admisión por el Tribunal Supremo de la concurrencia de responsabilidad contractual –como consecuencia del incumplimiento del contrato de pasaje marítimo– y extracontractual –por efecto de la causación de un abordaje marítimo– en un mismo abordaje marítimo, ya que de otro modo no sería posible ejercitar la opción por una u otra vía de responsabilidad para satisfacer unos mismos daños: los derivados de este accidente marítimo). MARTÍNEZ JIMÉNEZ, *op. cit.* (n.º 4), pp. 69 y 70, aludiendo expresamente a la exclusión o a la aplicación preferente de las «*normas jurídicas sobre el contrato de transporte*» frente «*a las del abordaje cuando media una relación contractual*»; RUIZ SOROA, «Aplicación del régimen jurídico propio de las acciones de responsabilidad por averías o pérdidas del cargamento o por daños al pasajero», en *III Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián*, coordinador José María de Eizaguirre, 1996, p. 102, con carácter general para toda aparente concurrencia de responsabilidad contractual y de responsabilidad extracontractual en un mismo hecho dañoso afirma que «*la*

tan la tesis del «concurso determinante del desplazamiento de normas», de la exclusión de la aplicación de las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual. De forma que la normas sobre responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo tendrían su propio ámbito de aplicación: el de la responsabilidad derivada de un abordaje marítimo que no suponga la infracción de una relación obligatoria previa –generalmente un contrato– entre dañante y dañado. Mientras que las normas sobre responsabilidad contractual tendrían también su propio ámbito de aplicación: el de la responsabilidad derivada de un abordaje marítimo que sí suponga la infracción de una relación obligatoria previa –generalmente, un contrato– entre dañante y dañado por este accidente¹³.

*norma reguladora de la obligación (sea legal o contractual) es ius specialis por respecto a la norma genérica de neminem laedere», motivo por el cual la normativa contractual debe aplicarse de forma preferente a la normativa extracontractual; ídem, «Reforma del Derecho...», cit. (n.º 3), p. 4122, excluye la aplicabilidad de la normativa extracontractual reguladora del abordaje marítimo a los supuestos en que éste accidente sea la causa de la infracción del contrato previo existente entre el naviero y el perjudicado por el abordaje, considerando que la futura reforma de la normativa del abordaje debería incluir un precepto donde se restringa expresamente la aplicabilidad de la misma a los «daños producidos al margen de un previo contrato»; y en el mismo sentido RODRÍGUEZ CARRIÓN, *op. cit.* (n.º 4), p. 4069, considera que el carácter extracontractual de la normativa reguladora del abordaje impide su aplicabilidad «a los supuestos de culpa contractual, ya que sus principios ordenadores son básicamente diferentes».*

En contra, cfr. GÓMEZ CALERO, *op. cit.* (n.º 8), p. 73; y RODRÍGUEZ DE SANABRIA, *op. cit.* (n.º 8), p. 338; quienes entienden que el perjudicado demandante puede optar por ejercitar la acción de responsabilidad contractual contra el naviero con quien formalizó el contrato de transporte, o la acción de responsabilidad extracontractual contra este mismo naviero y/o contra el naviero del otro buque interviniente en el abordaje marítimo fundada en las normas reguladoras del mismo. Opción que supone la aceptación de la teoría de la acumulación o de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en un mismo abordaje marítimo, ya que de lo contrario no se podría efectuar dicha opción en favor de una u otra acción de responsabilidad.

¹³ Tesis del desplazamiento, o de la exclusión de aplicación de las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo, por parte de las normas reguladoras de la responsabilidad contractual que coincide con la adoptada por la doctrina en relación con el Derecho marítimo comparado. Cfr., entre otros, RODIÈRE, *Traité général de Droit maritime. Affrètements & Transports. II*, 1968, pp. 236 a 238, 318 y 319; ídem, *Affrètements & Transports. III*, 1970, p. 274; ídem, *Événements...*, cit. (n.º 1), p. 29; y REMOND-GOUILLOUD, *op. cit.* (n.º 1), p. 252; para el Ordenamiento francés. La misma solución adoptan en relación con el régimen previsto en Italia para el abordaje marítimo: RIGHETTI, *Trattato...*, III, cit. (n.º 1), p. 344; LEFEBVRE D'OVIDIO/PESCATORE/TULLIO, *op. cit.* (n.º 1), p. 661; MANCA, *Studi...*, III, cit. (n.º 1), pp. 97 y 98; (idéntica solución observa el autor al examinar el Convenio de 1910 sobre esta materia, ídem, *Commento alle Convenzioni internazionali marittime*, III, 1975, p. 79). En este sentido se pronuncia MARSDEN, *op. cit.* (n.º 1), pp. 226 a 228, para el Derecho anglosajón. Y ABRAHAM, *op. cit.* (n.º 1), p. 242; SCHAPS/ABRAHAM, *op. cit.* (n.º 1), p. 1226; y PRÜBMANN/RABE, *op. cit.* (n.º 1), pp. 864 y 892; para el Derecho alemán. Autores que reiteran la inaplicabilidad de la normativa reguladora del abordaje a las relaciones contractuales previas existentes entre dañante y dañado por dicho accidente.

En contra se posicionaron BISSALDI, *L'urto di navi*, 1939, p. 67; y SPASIANO, «Colpa nautica del comandante ed azione extracontrattuale contro l'armatore», *Dir. nav.*, 1951-II, p. 190 (pero modificando la misma posteriormente en SPASIANO, «Concorso fra azione contrattuale ed extracontrattuale», *Dir. mar.*, 1986-III, p. 602) al considerar que las normas reguladoras del accidente de abordaje marítimo –nos referimos concretamente a las ya derogadas normas del *Codice di commercio* 1882 (arts. 660 a 665)– eran aplicables a las relaciones contractuales previas existentes entre dañante y dañado por dicho accidente y

Postura ésta del desplazamiento de las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual derivada del abordaje marítimo por las relativas a la responsabilidad contractual, que ha sido recogida expresamente en diversos Convenios internacionales relativos a los contratos de transporte marítimo. Así, artículo 4 bis.1 RHV –introducido en virtud del artículo 3 del Protocolo de 23 de febrero de 1968, modificativo del Convenio de Bruselas de 1924–, artículo 7.1 RHamb, artículo 20.1 Convenio de las Naciones Unidas sobre transporte multimodal internacional de mercancías, de 24 de mayo de 1980 (CTM), y artículo 14 Convenio de Atenas sobre transporte marítimo de pasajeros, de 13 de diciembre de 1974 (CAAt). Todas estas disposiciones prevén la aplicabilidad del régimen de responsabilidad contractual con sus correspondientes exoneraciones y limitaciones, en perjuicio de los regímenes de responsabilidad extracontractual, como puede ser, por ejemplo, el del abordaje marítimo, para determinar la indemnización por los daños, pérdidas o retraso en la entrega de las mercancías que hayan sido objeto de alguno de esos contratos de transporte, o por la muerte o lesiones corporales de los pasajeros o por los daños o pérdidas del equipaje en el caso del contrato de pasaje.

Y, como hemos indicado previamente, tanto el Convenio de 1910 como la normativa comparada reguladora del abordaje marítimo disponen asimismo la inalterabilidad del régimen de responsabilidad contractual. Es decir, adoptan la tesis de la inaplicabilidad de la normativa reguladora de la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo para determinar la responsabilidad resultante de la infracción de un contrato previamente existente entre responsable y dañado por ese accidente.

B) ARGUMENTOS A FAVOR DE LA EXCLUSIÓN

A nuestro parecer, la cuestión de la normativa aplicable al abordaje marítimo susceptible -en principio- de integrar los supuestos de hecho de las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo y de las normas reguladoras de la responsabilidad contractual derivada de la infracción de un contrato previamente existente entre responsable y dañado por el abordaje, debe ser resuelta excluyendo la aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual por abordaje cuando sea aplicable el régimen de responsabilidad contractual, con base en los siguientes argumentos:

1.º Respeto a la voluntad de las partes que celebraron el contrato correspondiente (transporte o pasaje marítimos, trabajo, arrendamiento de buque...), la cual queda explicitada en dicho contrato. Las partes llevan a cabo una particular distribución de los riesgos a través del contrato

que resultasen infringidas como consecuencia del mismo; si bien el problema ha sido resuelto a través del artículo 486 Cod. nav., el cual excluye la aplicabilidad de la normativa sobre el abordaje a esas relaciones contractuales.

en cuestión, valorando cuáles eran sus propios intereses, y apartándose para ello de la normativa reguladora de la responsabilidad extracontractual, mediante la previsión de limitaciones o exoneraciones específicas de responsabilidad ¹⁴.

2.º La aplicación de las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo a las relaciones contractuales existentes previamente entre dañante (o responsable del daño, aunque no sea el causante material del mismo) y dañado por el abordaje, incumplidas o cumplidas defectuosamente como consecuencia de dicho accidente, podría suponer una infracción de lo dispuesto en los mencionados Convenios internacionales encargados de regular las diferentes modalidades contractuales utilizadas en el sector marítimo. Esto es debido a que dichos Convenios *preveen* diversas disposiciones que obligan expresamente al Juez o Tribunal competente a aplicar el contenido de esos Convenios en materia de limitaciones y exoneraciones, a los supuestos de responsabilidad derivada del incumplimiento de los contratos (arts. 4.bis.1 RHV, 7.1 RHamb, 20.1 CTM y 14 Cat). Excluyendo así la aplicabilidad de las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual a esos supuestos ¹⁵.

¹⁴ Así, para PANTALEÓN, «Comentario del Código civil (art. 1902)», cit. (n.º 2), p. 1979 [idem, voz: «Concurso de pretensiones», cit. (n.º 11), p. 1371], la aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual, en lugar de las normas convencionales o legales reguladoras de la responsabilidad contractual en el hipotético supuesto –no compartido por el autor ya que parte de la base de la no acumulación de responsabilidades– de concurrencia de ambas responsabilidades en un mismo hecho dañoso supondría dejar sin efecto «la específica distribución de riesgos entre las partes contratantes» y, por tanto, dicha consecuencia no es aceptable. Y sin que este respeto a la normativa contractual suponga ninguna discriminación para el perjudicado en el sentido de privarle de una vía de reparación de los daños, porque las partes han dispuesto con carácter previo que sería precisamente la vía contractual –con sus peculiares disposiciones relativas a la reparación del daño– la utilizada por las partes para resolver los posibles problemas que se planteasen en materia de responsabilidad; cfr., entre otros, STARCK, *Droit civil. Obligations*, 1972, p. 666, al señalar cómo el contrato se convierte en Ley para las partes, estableciendo ellos mismos cuál es el alcance o los contornos concretos de la regulación del contrato en cuestión (salvo los límites legales que todo Ordenamiento establece a la autonomía de la voluntad); RUIZ SOROA, «Aplicación del régimen jurídico...», cit. (n.º 12), pp. 100 y 101; y SÁNCHEZ VÁZQUEZ, «La denominada acumulación de responsabilidad contractual y aquiliana», en *RDP*, 1972, esp. pp. 975 y 977. En contra, GARCÍA VALDECASAS, *op. cit.* (n.º 2), p. 836, al no entender la razón por la que el perjudicado por el acto dañoso realizado por el «*deudor contractual*» debe encontrarse en «*peor situación*» que el perjudicado por el hecho de un tercero, como consecuencia de la imposibilidad de aquel perjudicado de utilizar la vía resarcitoria extracontractual, pero no sin contradicciones, ya que posteriormente reconoce la injusticia que supone exigir a las partes en un contrato una responsabilidad ajena al mismo.

¹⁵ Cfr. el recurso al argumento de la exigencia de uniformidad internacional del régimen de responsabilidad del porteador marítimo, para aplicar la normativa prevista en los mencionados Convenios en materia de limitaciones y exoneraciones contractuales de responsabilidad y rechazar así la posible aplicación de la normativa relativa a la responsabilidad extracontractual, con carácter general, es decir, para todo hecho dañoso en ROSSELLO, «Brevi rilievi sugli orientamenti della giurisprudenza italiana in materia di concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale», *Dir. mar.*, 1986-III, pp. 608 y 609; LÓPEZ DE GONZALO, «Orientamenti della giurisprudenza italiana in tema di concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nel trasporto marittimo di cose», *Dir. mar.*, 1984-IV, pp. 856 a 859; y «Corte di Cassazione», 26 de julio de 1983, núm. 5121 (*Dir. mar.*, 1984-IV, esp. pp. 855 a 857).

También podría constituir una infracción de lo previsto en el Convenio de 1910 relativo al abordaje marítimo –cuando éste fuese aplicable– ya que, como hemos señalado anteriormente, dispone expresamente la inaplicabilidad del mismo a las obligaciones contractuales (art. 10). E incluso sin necesidad de que una Ley disponga expresamente la exclusión de la normativa reguladora de la responsabilidad extracontractual por abordaje en beneficio de la normativa reguladora de la responsabilidad contractual, ya que la configuración de un sistema legal de responsabilidad contractual presupone la voluntad del legislador de someter los incumplimientos contractuales –o los cumplimientos defectuosos– a dicha normativa, y no al régimen de responsabilidad extracontractual¹⁶.

3.º Considerar que la normativa reguladora de la responsabilidad contractual –adoptada voluntariamente por las partes o por imperativo de la Ley– derivada de la infracción, como consecuencia del abordaje, de los contratos previos que existían entre dañante y dañado por dicho accidente, tiene carácter especial o particular, frente al carácter general de la normativa reguladora de la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo¹⁷. Y aplicar, a continuación, el principio conforme al cual la Ley especial desplaza a la Ley general. De este modo, el abordaje marítimo susceptible –en principio– de ser integrado en los supuestos de hecho de la normativa reguladora de la responsabilidad contractual y de la normativa reguladora de la responsabilidad extracontractual, por abordaje, quedaría sujeto al régimen de la responsabilidad contractual, por ser precisamente la normativa especialmente aplicable a dicho acto dañoso.

4.º En caso de no compartir el tercer argumento, se podría entender que entre las normas reguladoras de la responsabilidad contractual y

¹⁶ Así se pronuncia GARCÍA VALDECASAS, *op. cit.* (n.º 2), p. 835, al tratar de explicar la imposibilidad de que el perjudicado por una infracción contractual pueda reclamar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos en base a lo dispuesto por el régimen de responsabilidad extracontractual siempre que lo considere conveniente.

¹⁷ Adoptan este argumento de considerar que la normativa contractual es de carácter especial frente al carácter general propio de la normativa extracontractual, entre otros: RIGHETTI, *Trattato...*, III, cit. (n.º 1), pp. 664, 665 y 670; ROSSELLO, *op. cit.* (n.º 15), pp. 608 y 609; SPASIANO, «Concorso fra azione...», cit. (n.º 13), pp. 602 y 603; LÓPEZ DE GONZALO, *op. cit.* (n.º 15), p. 855; *Corte di Cassazione*, 27 de mayo de 1960, núm. 1378 (*Dir. nav.*, 1961-II, esp. pp. 72 a 74); *Corte di Cassazione*, 26 de julio de 1983, núm. 5121, cit. (n.º 15), pp. 853 a 855; y RUIZ SOROA, «Aplicación del régimen jurídico...», cit. (n.º 12), p. 102; centrandó su análisis en las normas marítimas. Y de forma general para los diferentes ámbitos en que puedan ser aplicables las normas contractuales y extracontractuales, por todos, GARCÍA VALDECASAS, *op. cit.* (n.º 2), p. 835; y SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *op. cit.* (n.º 14), p. 977. Asimismo, PANTALEÓN emplea este criterio para poder aplicar las disposiciones contractuales en materia de exoneraciones y limitaciones legales de la responsabilidad, y las relativas a la prescripción o caducidad de acciones en «Comentario a la STS 26-I-84», en *CCJC*, núm. 4, 1984, p. 1264; «Comentario a la STS 10-V-84», en *CCJC*, núm. 5, 1984, p. 1653; «Comentario a la STS 19-VI-84», en *CCJC*, núm. 4, 1984, p. 1883; señalando posteriormente en su «Comentario del Código civil (art. 1902)», cit. (n.º 2), p. 1979 [ídem, voz: «Concurso de pretensiones», cit. (n.º 11), p. 1371], que la aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual supondría dejar sin efecto «la específica distribución de riesgos entre las partes contratantes», lo que supone configurar como un sistema particular el de la responsabilidad contractual frente al general de la responsabilidad extracontractual.

las relativas a la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo no existe una relación de especialidad, sino que cada una tiene su propio ámbito de aplicación: actos dañosos que den lugar al incumplimiento o al cumplimiento defectuoso de un contrato —o de cualquier otra relación obligatoria previa—, y actos dañosos que no den lugar a dicho incumplimiento sino que únicamente infrinjan el deber de no causar daños a otros (*alterum non laedere*), respectivamente ¹⁸.

C) ESTRUCTURACIÓN JURÍDICO-MATERIAL Y PROCESAL DE LA EXCLUSIÓN

La tesis concreta que permitiría estructurar un sistema jurídico-material y procesal adecuado para alcanzar la solución aquí propuesta de aplicar la normativa reguladora de la responsabilidad contractual al abordaje marítimo susceptible de integrar —en principio— los supuestos de hecho de las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo y de las normas reguladoras de la responsabilidad contractual, sería aquella conforme a la cual la normativa reguladora de la responsabilidad contractual, y la normativa reguladora de la responsabilidad extracontractual configurarían dos acciones materiales diferentes y autónomas entre sí. Desplazando las normas relativas a la responsabilidad contractual a las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual («concurso determinante del desplazamiento de normas», o «no acumulación» o «no posibilidad de opción»), por los motivos previamente señalados. Estas acciones materiales confluirían en una única acción procesal, pero sin que el Juez quedase vinculado por los fundamentos jurídicos de esta pretensión procesal única aportados por el demandante, porque los fundamentos jurídicos no formarían parte de la *causa petendi*, solamente los hechos constituirían la misma ¹⁹. De este modo, el Juez

¹⁸ Cfr. CAVANILLAS, en CAVANILLAS/TAPIA, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, 1992, pp. 132 a 134, quienes rechazan el carácter especial de la normativa contractual y de general de la extracontractual, dado que en su opinión ambas serían igual de especiales o de generales, al tener su propio ámbito de aplicación. Asimismo, en relación con el Derecho alemán, GEORGIADES, *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht*, 1968, p. 204, considera que las normas reguladoras de la responsabilidad contractual no son especiales frente a las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual.

¹⁹ *Vid.* STC, Sala 2.ª, 5 de mayo de 1982, Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo (La Ley, 1982-3, pp. 866 a 871) cuyo Fundamento Jurídico Segundo establece claramente que el Juez puede resolver —la cuestión ante él planteada— en base a los fundamentos jurídicos no aportados por las partes; lo cual supone que los fundamentos jurídicos no forman parte de la *causa petendi*. En la misma línea, STC, Sala 1.ª, 18 de diciembre de 1985, (La Ley, 1986-2, pp. 1 a 6); y STC 95/1990, Sala 2.ª, 23 de mayo, (La Ley, 1990-3, pp. 86 y 87); asimismo *vid.* PANTALEÓN, «Comentario del Código civil (art. 1902)», cit. (n.º 2), p. 1978 [idem, voz: «Concurso de pretensiones», cit. (n.º 11), pp. 1370 y 1371]. Asimismo, cfr. para el Derecho alemán LARENZ, *op. cit.* (n.º 11), pp. 266 y 267, quien pone de manifiesto cómo al demandante le corresponde únicamente aportar lo hechos que sirvan de fundamentación a su pretensión indemnizatoria, siendo el Juez la persona competente para determinar la normativa aplicable al hecho dañoso en cuestión.

(vinculado únicamente por la *causa petendi*, es decir, por los hechos, y por el *petitum*, es decir, por la solicitud de resarcimiento de dichos daños) podría resolver, con base en el principio *iura novit curia* y teniendo en cuenta esa ausencia de vinculación del Juez respecto de los fundamentos jurídicos aportados por las partes, la pretensión indemnizatoria planteada por el perjudicado con fundamento exclusivamente en las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo, aplicando las normas reguladoras de la responsabilidad contractual, sin incurrir en incongruencia. Y, asimismo, «*la litispendencia y la cosa juzgada*» afectarían a la acción ejercitada por el perjudicado con fundamento en las normas encargadas de disciplinar el otro régimen de responsabilidad que no hubiesen sido utilizadas como fundamento jurídico de la acción indemnizatoria previamente planteada por el perjudicado²⁰.

Aceptando esta tesis, si los cargadores-perjudicados por un abordaje marítimo que fuesen parte en un contrato de transporte marítimo bajo conocimiento de embarque previo existente entre éstos y los responsables del accidente ocurrido, planteasen una acción de responsabilidad extracontractual fundamentada exclusivamente en los preceptos de nuestro Código de Comercio reguladores del abordaje marítimo (arts. 826 a 839, y 953) –pretendiendo así eludir la posible exoneración de responsabilidad del porteador por culpa náutica del artículo 4.2.a) RHV o del artículo 8.a) LTM–, contra los diferentes buques intervinientes en el abordaje o, únicamente, contra el buque no porteador de las mercancías del cargador-perjudicado, en reclamación de los daños o pérdidas sufridas por las mercancías transportadas, los Tribunales podrían resolver esta reclamación conforme a lo dispuesto por la normativa reguladora de la responsabilidad contractual. Los Tribunales no incurrirían, en incongruencia, porque los fundamentos jurídicos aportados por las partes no les vincularían y con base en el principio *iura novit curia* podrían aplicar el régimen previsto para el contrato de transporte marítimo.

Asimismo, de acuerdo con esta tesis, los Tribunales podrían examinar la posible prescripción de la acción planteada contra el porteador conforme a los plazos previstos para la acción de responsabilidad con-

En contra, *vid.* TAPIA, en CAVANILLAS/TAPIA, *op. cit.* (n.º 18), esp. pp. 200 y 236, para quien la causa de pedir se encuentra integrada además de por la fundamentación fáctica, también por los fundamentos jurídicos.

²⁰ Es la tesis adoptada por PANTALEÓN, «Comentario del Código civil (art. 1902)», cit. (n.º 2), pp. 1977 a 1981, en relación con los hechos dañosos que puedan integrar «tanto el supuesto de hecho de las normas de responsabilidad contractual (...) como el supuesto de hecho de las normas de responsabilidad extracontractual» [idem, voz: «Concurso de pretensiones», cit. (n.º 11), pp. 1370 y 1371]. Y compartida, entre otros autores, por ASÚA GONZÁLEZ, «La responsabilidad (I)», en *Manual de Derecho civil, II*, a cargo de Puig i Ferriol, Gete-Alonso y Calera, Gil Rodríguez y Hualde Sánchez, 1996, p. 454.

En contra, para TAPIA, en CAVANILLAS/TAPIA, *op. cit.* (n.º 15), p. 259, «apelar a la peligrosa máxima “*iura novit curia*”» podría dar lugar a una indefensión del demandado, ya que éste estructurará su defensa jurídica tomando como referencia los fundamentos jurídicos aportados por el demandante, de modo que si posteriormente el Juez resuelve el pleito en base a otros fundamentos jurídicos diferentes, el demandante quizás podría alegar indefensión por no haber podido realizar una defensa adecuada de sus intereses.

tractual ²¹, pese a que el cargador fundamente la acción planteada contra dicho porteador en la normativa reguladora del abordaje marítimo. Y si ha transcurrido el plazo de dos años previsto para la prescripción de la acción de responsabilidad por abordaje marítimo, respecto de la reclamación planteada contra el naviero no porteador.

3. UN SUPUESTO CONCRETO: STS DE 22 DE JULIO DE 1997 (RJA 6156)

A) EL CRITERIO DE «LA RIGUROSA ÓRBITA DE LO PACTADO» Y SUS NEGATIVAS CONSECUENCIAS

En relación con esta materia, tiene un gran interés la STS de 22 de julio de 1997 (RJA 6156), relativa a un abordaje marítimo causado por la culpa común de ambos buques, del que derivaron daños a las mercancías transportadas a bordo de uno de ellos. Los demandantes –las entidades aseguradoras de las mercancías dañadas, al subrogarse en la posición de sus asegurados (los cargadores)–, en lugar de ejercitar la acción de responsabilidad contractual contra el porteador de dichas mercancías, fundada en la infracción del contrato de transporte marítimo de mercancías existente con anterioridad al abordaje, plantean la acción resarcitoria de los daños y perjuicios con base a las disposiciones del Código de Comercio encargadas de regular la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo, contra los navieros de los buques intervinientes en el accidente y sus aseguradoras ²².

La importancia de esta sentencia radica en que el Tribunal resolvió el problema de la supuesta concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en un mismo abordaje marítimo considerando que la responsabilidad derivada de dicho accidente era de naturaleza extracontractual. A pesar de la existencia de un previo contrato de transporte marítimo entre dañante y dañado por el abordaje marítimo, incumplido –o cumplido defectuosamente– como consecuencia de dicho abor-

²¹ Es decir, el Tribunal Supremo podría considerar prescrita la acción si ya ha transcurrido el plazo de un año de los artículos 952.2.º CCom o 22.4 LTM, en lugar del plazo de dos años del artículo 953 CCom previsto para el abordaje marítimo.

²² Así lo reconoce el Fundamento de Derecho Segundo de la mencionada sentencia –en relación con las apreciaciones realizadas por la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Primera, 20 de mayo de 1993, acerca de este mismo abordaje marítimo– al establecer que: «*Los perjudicados podrían haber ejercitado acciones, con otro planteamiento, fundadas en el contrato de transporte marítimo. Pero se ha ejercitado la acción, derivada del dato objetivo del abordaje, fundada en la llamada responsabilidad civil extracontractual (...) cuyas bases normativas son los artículos 826 y ss. y 953 del Código de Comercio...*».

daje²³, y aplicando a dicho supuesto los preceptos del Código de Comercio relativos a la responsabilidad extracontractual por abordaje²⁴.

Como fundamento de esta decisión, el Tribunal Supremo recurrió a un mero expediente conforme al cual, pese a existir un previo contrato de transporte marítimo entre dañante y dañado por el abordaje marítimo, no se produce necesariamente una exclusión por las normas sobre responsabilidad contractual de la aplicabilidad de la normativa sobre responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo. Para que opere dicha exclusión, además de existir ese contrato de transporte marítimo entre las partes mencionadas, el abordaje marítimo debe acontecer «dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo normal del contenido negocial» (Fundamento de Derecho Segundo)²⁵. Expediente éste que permitió al Tribunal Supremo considerar acertada la decisión de instancia

²³ Vid., en este sentido, el Fundamento de Derecho Segundo de la citada Sentencia, conforme al cual el abordaje marítimo constituye «un suceso que no está comprendido dentro del círculo normal del contrato de transporte marítimo», recordando a continuación que de acuerdo con la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo no basta con la existencia de un contrato previo entre las partes para que la responsabilidad por los daños que se causen entre ellos tenga carácter contractual y quede excluida la responsabilidad extracontractual. Continuando con este planteamiento, el Fundamento de Derecho Cuarto se pronuncia claramente en favor del carácter extracontractual de la responsabilidad derivada del abordaje marítimo, al afirmar que «la sentencia de instancia se basa en responsabilidad extracontractual que deriva del hecho del abordaje, calificación que ha sido plenamente aceptada por esta Sala», reiterando en esta línea cómo «la responsabilidad de los codemandados y actuales recurrentes deriva de la llamada responsabilidad extracontractual o, más correctamente, obligación nacida de acto ilícito, en base al abordaje sucedido y con fundamento en los artículos 826 y 827 del Código de Comercio».

²⁴ Sentencia ésta que no constituye un hecho aislado sino que viene a reiterar, en cierta medida, la tesis adoptada por el Tribunal Supremo en la STS de 31 de mayo de 1982 (RJAr 2610), la cual aplica el régimen de responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo a un accidente de este tipo en el que resultó lesionado uno de los pasajeros de la lancha culpable del abordaje, pese a la existencia de un previo contrato de pasaje entre dañante y dañado por el accidente en cuestión.

En contra, STS de 13 de junio de 1984 (RJAr 3237), en cuyo Considerando Tercero señala que la «responsabilidad extracontractual que regula el artículo 1902 del C. Civ. (...) en el área del derecho marítimo, tiene concreción específica en el artículo 826 del C. Com. (...) estando legitimados para el ejercicio de las acciones indemnizatorias (...) todos los que, sin tener una relación contractual con el naviero del buque culpable, devengan perjudicados como consecuencia del abordaje», es decir, excluye la aplicabilidad de las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo a los supuestos de infracción de un contrato previo existente entre el naviero del buque culpable y el perjudicado por el abordaje.

²⁵ Bajo estas expresiones, lo que se oculta realmente es «un simple expediente» [vid. PANTALEÓN, «Comentario a la STS 10-V-84», cit. (n.º 17), p. 1654; «Comentario a la STS 19-VI-84», cit. (n.º 17), p. 1882] o «un argumento que puede justificar cualquier solución» [vid. CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 1101 C. C.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por Manuel Albaladejo, XV, 1.º, Edersa, 1989, p. 418; crítica reiterada posteriormente por RUIZ SOROA, «Aplicación del régimen jurídico...», cit. (n.º 12), p. 105] porque la determinación por el Tribunal Supremo de si un concreto hecho dañoso se encuentra dentro de ese ámbito, de esa «rigurosa órbita», y constituye además un «desarrollo normal del contenido negocial», no se sujeta a unos criterios dotados de un cierto grado de objetividad, ya que algunos de los pronunciamientos del Tribunal (como ocurre con el presente supuesto) colocan fuera de ese ámbito a hechos dañosos que constituyen una infracción contractual evidente (en este caso el abordaje marítimo causante de los daños y perjuicios a las mercancías se produce en ejecución de la

de la Audiencia Provincial de La Coruña de condenar —a los posteriormente recurrentes en casación: «Mutua de riesgo marítimo, sociedad de seguros a prima fija», anteriormente denominada «Mutua Nacional de Previsión del riesgo marítimo» (aseguradora del buque no porteador «Escandinavia»), y «Contenemar» (naviera del buque porteador «Carmen del Mar»²⁶)—, con base en la normativa reguladora de la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo, eludiendo de forma teórica y artificial el debate acerca de la hipotética concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en un mismo abordaje marítimo. Con este expediente lo que realmente constituía una infracción contractual (infracción por parte del naviero porteador: «Contenemar», del deber de custodia de los efectos transportados) generadora de responsabilidad contractual frente a los cargadores, devino artificialmente un hecho dañoso generador únicamente de responsabilidad extracontractual.

Por lo tanto, teóricamente —y a juicio del Tribunal Supremo—, no existió una infracción del contrato de transporte marítimo, sino un abordaje marítimo que dio lugar exclusivamente a una responsabilidad extracontractual. Aplicando, en consecuencia, únicamente las normas sobre responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo. Pero, a nuestro parecer, realmente esa infracción contractual sí existió, y el problema de la posible concurrencia de responsabilidades por los daños sufridos por los cargadores de las mercancías que se planteó cuando éstos —o mejor, las aseguradoras, al subrogarse en los derechos de los cargadores— interpusieron su acción de resarcimiento contra el buque porteador de las mercancías, debió resolverse excluyendo la aplicabilidad de la normativa reguladora de la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo, en beneficio de las disposiciones reguladoras de la responsabilidad derivada del contrato de transporte marítimo, para determinar el alcance de la indemnización correspondiente. Y debió mantenerse el carácter extracontractual de la acción dirigida contra el otro buque no porteador de las mercancías dañadas, ya que no existía un contrato previo entre los cargadores perjudicados y el naviero de ese buque. Siendo éste, por tanto, un tercero ajeno al contrato de transporte marítimo infringido.

En consecuencia, el naviero porteador de las mercancías dañadas debió quedar exonerado de responsabilidad porque: 1.º Tal y como se deduce de lo dispuesto por el Fundamento de Derecho Cuarto de la sen-

prestación de transporte, con la consiguiente infracción del deber de custodia de los efectos transportados) y que generan una responsabilidad de carácter contractual excluyente de la responsabilidad extracontractual (en este supuesto de la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo).

²⁶ El Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia, en la letra e), señala que «las entidades actoras ejercitaron en la demanda una acción de indemnización de daños y perjuicios (...) contra las navieras de los dos buques participantes (en el abordaje se entienden) y contra sus respectivas compañías aseguradoras», resultando absuelta únicamente la aseguradora del buque porteador «Carmen del Mar», es decir, «Cesmar». En consecuencia, el Tribunal Supremo entiende que «Contenemar, S. A.» es la naviera del buque «Carmen del Mar», además de ser propietaria del mismo como indica este mismo Fundamento de Derecho Primero en la letra a).

tencia, el contrato de transporte incorporó una cláusula *Paramount*, en virtud de la cual dicho contrato quedó sujeto al régimen legal dispuesto para el transporte bajo conocimiento de embarque y, en consecuencia, el porteador podría exonerarse de los daños causados a las mercancías en caso de concurrir la denominada culpa náutica [art. 4.2.a) RHV o art. 8.a) LTM]. 2.º La causa del accidente fue la negligente navegación llevada a cabo por la tripulación de ambos buques [Fundamento de Derecho Primero, letra a)], es decir, concurrió la culpa náutica de la tripulación del buque porteador («Carmen del Mar»). 3.º De acuerdo con el planteamiento antes expuesto (desplazamiento o exclusión de la aplicación de las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual derivada del abordaje marítimo por las normas reguladoras de la responsabilidad contractual, ausencia de vinculación del Juez por los fundamentos jurídicos aportados por las partes...) el Tribunal Supremo debió resolver la reclamación del cargador dirigida contra el porteador, aplicando el régimen de responsabilidad derivado del contrato de transporte marítimo bajo conocimiento de embarque y exonerar al porteador de responsabilidad por los daños causados a las mercancías transportadas, pese a que el cargador planteó una acción de responsabilidad extracontractual fundada en las disposiciones reguladoras del abordaje marítimo.

Asimismo, la acción de responsabilidad extracontractual planteada en apelación por los cargadores perjudicados, con fundamento en la normativa reguladora del abordaje marítimo —como advierte el Fundamento de Derecho Segundo—, contra el naviero del otro buque culpable («Escandinavia») del abordaje ocurrido, fue, a nuestro juicio, correctamente ejercitada, dado que no existía un contrato previo entre cargador-perjudicado por el abordaje y naviero del buque no porteador culpable, junto al buque porteador, del accidente en cuestión.

Sin embargo, esto no justifica que el naviero del buque no porteador deba indemnizar la totalidad del daño causado a las mercancías en los supuestos de abordaje causado por la culpa de dos o más buques intervinientes en el mismo. El artículo 827 CCom establece la responsabilidad solidaria de los buques culpables intervinientes en el abordaje por los daños o pérdidas causados —entre otros— a las mercancías. Esto significa, de acuerdo con el artículo 1148 CC, que si el cargador-perjudicado reclama del naviero no porteador la reparación de la totalidad de los daños causados a las mercancías por efecto del abordaje marítimo ocurrido por culpa común de dos o más buques, este naviero no porteador en cuanto deudor solidario puede utilizar la excepción de exoneración por culpa náutica que le corresponde personalmente al naviero porteador (corresponsable solidario) por «*la parte de deuda*» que le debería ser atribuida a éste en función de su comportamiento negligente²⁷. Es decir, si el naviero porteador fuese declarado responsable por los daños derivados del

²⁷ Al respecto, RUIZ SOROA, *Manual de Derecho de accidentes...*, cit. (n.º 3), p. 40; y MARTÍNEZ JIMÉNEZ, *op. cit.* (n.º 4), pp. 73 y 74; configuran las exoneraciones contractuales

abordaje en un 50 por 100 ²⁸, el naviero no porteador podría reducir también en un 50 por 100 la cuantía de los daños a las mercancías que debería satisfacer como consecuencia del comportamiento negligente del buque por él explotado.

No obstante, la sentencia mencionada consideró que los daños a las mercancías causados por el abordaje no constituyeron una infracción del contrato de transporte marítimo –Fundamento de Derecho Segundo–. Esto supuso una inaplicación del régimen de responsabilidad contractual previsto por las Reglas de La Haya-Visby y por nuestra Ley de Transporte Marítimo para dicho contrato (normativa aplicable al mismo en base a la mencionada cláusula *Paramount*). Concretamente, impidió al naviero porteador exonerarse por culpa náutica de su tripulación. Por lo tanto, el naviero no porteador tampoco pudo ejercitar con éxito la excepción solidaria personal del naviero porteador –en la cuantía correspondiente– de exoneración por culpa náutica, porque la misma sentencia determina que la responsabilidad derivada del abordaje es extracontractual y no procede aplicar las exoneraciones o limitaciones propias del régimen contractual.

Si el naviero no porteador (corresponsable solidario) satisface la totalidad de los daños sufridos por las mercancías como consecuencia del abordaje marítimo (por no aceptar el Tribunal la exoneración del naviero porteador por culpa náutica y, por tanto, tampoco la utilización por el naviero no porteador de la excepción solidaria personal del naviero porteador de exoneración por culpa náutica) podrá ejercitar el derecho de regreso –al amparo del artículo 1145.II CC– contra el naviero porteador por la parte de deuda que exceda de la cuota que le correspondía pagar ²⁹. Así nos encontramos con que el naviero porteador debería satisfacer indirectamente unas cantidades de las que se encuentra exonerado contractualmente.

Por lo tanto, la utilización del «expediente» de *«la rigurosa órbita de lo pactado»* en la sentencia mencionada produce los efectos negativos siguientes: el naviero porteador debe responder por los daños causados a las mercancías, respecto de los cuales se encuentra exonerado contractualmente, y el naviero no porteador queda obligado frente al cargador a

de responsabilidad del porteador como excepciones solidarias personales que pueden ser utilizadas por el no porteador –corresponsable solidario por los daños causados a las mercancías como consecuencia del abordaje– en la parte de reparación que deba satisfacer aquél.

²⁸ La cuantía de la deuda que deberá satisfacer cada uno de los deudores solidarios será dividida en partes iguales si no resulta una proporción diferente por otros medios, cfr. Díez-Picazo/Gullón, *op. cit.* (n.º 2), p. 139; y Caffarena, «Comentario del Código civil (art. 1145)», en *Comentario del Código civil, II*, dir. por Paz-Ares/Díez-Picazo/Bercovitz/Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, 1991, p. 141.

²⁹ Ante este ejercicio del derecho de regreso el naviero porteador no podría oponer la excepción personal de exoneración por culpa náutica al naviero no porteador que se dirige contra aquél en vía de regreso, porque dicha excepción versaría sobre hechos opuestos y desestimados en juicio, lo cual impide la posibilidad de oponer dicha excepción, cfr. Caffarena, *op. et loc. cit.* (n.º 28).

satisfacer la totalidad del daño causado a las mercancías en lugar de reducir la cuantía de la deuda en la proporción en que el naviero porteador hubiese sido considerado culpable del abordaje ocurrido³⁰. Sin perjuicio del posterior ejercicio del derecho de regreso por el naviero porteador o por el naviero no porteador que haya satisfecho una cantidad superior a la que debía satisfacer de acuerdo con su cuota interna de responsabilidad³¹.

B) LA «BOTH TO BLAME COLLISION CLAUSE»

Los contratos de transporte marítimo incluyen, generalmente, la denominada «*both to blame collision clause*», cuyo origen se encuentra en el peculiar régimen de responsabilidad solidaria previsto en el sistema jurídico de los Estados Unidos. Conforme a este sistema, el deudor solidario no puede oponer frente a terceros las excepciones solidarias personales del codeudor solidario. De esta forma, el cargador-perjudicado por un abordaje causado por culpa común de los buques intervinientes en el

³⁰ Con el riesgo que esto supone de tener que asumir la posible insolvencia del naviero porteador (corresponsable solidario), ya que de acuerdo con el artículo 1145.III CC la insolvencia de alguno de los deudores solidarios debe ser asumida por el resto de los codeudores solidarios «*a prorrata de la deuda de cada uno*». En consecuencia, si una vez realizado el pago el naviero no porteador ejercita su derecho de regreso contra el naviero porteador y resulta que éste es insolvente el naviero no porteador deberá asumir dicha insolvencia. Así se pronuncia, con carácter general, CAFFARENA, *op. cit.* (n.º 28), pp. 140 y 142.

³¹ Frente a la inadecuada solución adoptada por la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, debemos destacar la doctrina –correcta, a nuestro juicio– reflejada en la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Primera, 30 de abril de 1996, al resolver un supuesto prácticamente idéntico al enjuiciado por la STS de 27 de julio de 1997. Concretamente, se trata del mismo abordaje marítimo, si bien en este caso la reclamación es presentada por la aseguradora de un cargador diferente. Pues bien, la sentencia de la Audiencia ante la acción de indemnización de responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo planteada por la aseguradora del cargador, en lugar de disponer con fundamento en la normativa reguladora del abordaje la responsabilidad del buque porteador y la del buque no porteador, diferencia entre ambas responsabilidades. Así, aplica la normativa reguladora de la responsabilidad contractual para determinar la indemnización que debe satisfacer el buque porteador y la normativa reguladora de la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo para determinar la indemnización que debe satisfacer el buque no porteador. El resultado de la sentencia consistió en reconocer la exoneración por culpa náutica del buque porteador y la reducción de la indemnización que debía satisfacer el buque no porteador en la cuota en que fue considerado culpable del abordaje el buque porteador (50 por 100), como consecuencia del acogimiento de la excepción solidaria de exoneración de responsabilidad por culpa náutica.

Se trata, por tanto, de una sentencia en la que se reflejan adecuadamente las ideas que venimos exponiendo en este trabajo y donde se ponen de manifiesto las diferentes conclusiones que derivan de aplicar la tesis que consideramos procedente (desplazamiento o exclusión de la aplicabilidad de la normativa reguladora de la responsabilidad extracontractual derivada del abordaje marítimo por parte de la normativa reguladora de la responsabilidad contractual y aplicación del régimen de excepciones solidarias de nuestro Código Civil) o la tesis incorrecta aplicada por el Tribunal Supremo en la sentencia mencionada (conforme a la cual, lo que constituye un supuesto de hecho generador de responsabilidad contractual, ficticiamente se convierte en un supuesto de hecho generador exclusivamente de responsabilidad extracontractual, impidiendo que sean acogidas la exoneración por culpa náutica del buque porteador y la excepción solidaria –de exoneración del buque porteador por culpa náutica– del buque no porteador.

mismo, puede reclamar la totalidad del daño causado a las mercancías transportadas en el buque porteador al buque no porteador, el cual deberá satisfacer íntegramente dichos daños, porque no puede oponer frente al cargador las excepciones personales del codeudor solidario (como, por ejemplo, la de exoneración por culpa náutica). Pero sí puede ejercitar el derecho de regreso (una vez que haya satisfecho los daños derivados del abordaje), reclamando la cuota de responsabilidad por los daños causados a las mercancías correspondiente a la culpa en que haya incurrido el corresponsable solidario (el porteador). De forma que indirectamente el porteador debería responder por los daños causados a las mercancías transportadas. Responsabilidad de la que se encuentra exonerado en virtud de lo dispuesto por la COGSA de 1936³².

Mediante dicha cláusula, el referido cargador queda obligado a reintegrar al porteador la cantidad que este último haya debido satisfacer al naviero no porteador por los daños o pérdidas en las mercancías (transportadas a bordo del buque porteador y objeto del correspondiente contrato de transporte entre cargador y porteador) derivados de un abordaje por culpa común, como consecuencia del ejercicio por el cargador-perjudicado de una acción de responsabilidad por abordaje dirigida exclusivamente contra el naviero del buque no porteador y del posterior ejercicio del derecho de regreso por el no porteador contra el porteador³³. Cláusula que ha sido declarada nula por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos para los contratos de transporte marítimo sujetos a la *Harter Act* o a la COGSA³⁴.

³² Vid. TETLEY, *Marine cargo claims*, 3.ª ed., 1988, pp. 631 y 632; y GILMORE/BLACK, *The Law of Admiralty*, 2.ª ed., 1975, pp. 173 a 175; quienes inciden en la obligación del no porteador de responder –en base al régimen de responsabilidad solidaria– frente al cargador por la totalidad de los daños sufridos por las mercancías y en la consiguiente responsabilidad indirecta del buque porteador por dichos daños, como consecuencia de la posterior reclamación del buque no porteador al buque porteador.

³³ Cfr., entre otros, TETLEY, *op. et loc. cit.* (n.º 32); y GILMORE/BLACK, *op. et loc. cit.* (n.º 32).

³⁴ Cfr. «United States v. Atlantic Mutual Ins. Co.» (The Esso Belgium-The Nathaniel Bacon) (1952), *AMC*, p. 659, donde el Tribunal Supremo decidió la nulidad de la mencionada cláusula al considerar –entre otros argumentos– que sería anómalo excluir por medio de una cláusula incorporada en un conocimiento de embarque el derecho legal de un cargador a recuperar la totalidad de los daños sufridos por las mercancías mediante una reclamación ejercitada contra el buque no porteador, y concluyendo que si el régimen de responsabilidad debe ser modificado lo debería modificar el Congreso y no los navieros. No obstante, los Magistrados Frankfurter y Burton disintieron de la decisión adoptada por el Tribunal, lo que nos da una idea de la diversidad de opiniones existentes en torno a esta materia. Pero la nulidad de la cláusula no afecta a los contratos privados de transporte no sometidos a la COGSA, o a la *Harter Act*, como resulta de: «American Union Transport Inc. v. United States» (1976), *AMC*, p. 1480; «Alamo Chemical Transportation Co. v. M/V Overseas Valdes» (1979), *AMC*, p. 2033. Cfr., en este sentido, HEALY/SHARPE, *Cases and materials on Admiralty*, 2.ª ed., 1986, p. 625, n.º 10; y TETLEY, *op. cit.* (n.º 32), p. 632. Asimismo, entre nosotros, RUIZ SOROA, *Manual de Derecho de accidentes...*, cit. (n.º 3), p. 40; y MARTÍNEZ JIMÉNEZ, *op. cit.* (n.º 4), p. 58. La cláusula sería válida aunque fuese incluida en un contrato privado que incorporase a su vez una cláusula *Paramount* –en virtud de la cual dicho contrato se regiría por la COGSA–, de acuerdo con WILFORD/COGLIN/KIMBALL, *Time Charters*, 4.ª ed., 1995, pp. 526 y 527.

La finalidad perseguida con esa cláusula es, por tanto, evitar que, ante un abordaje causado por culpa común de los buques intervinientes en el mismo, el porteador deba responder indirectamente por unos daños respecto de los que se encuentra exonerado en base al régimen de responsabilidad contractual. Pues bien, este objetivo se consigue en nuestro Ordenamiento mediante lo dispuesto por el Código Civil (especialmente, arts. 1145 y 1148) para el régimen de responsabilidad solidaria. Como ya hemos señalado antes, el naviero del buque no porteador, al cual el cargador-perjudicado por el abordaje por culpa común le reclame la totalidad del daño sufrido por las mercancías, puede oponer la excepción personal del naviero porteador de exoneración por culpa náutica, para disminuir la cantidad que debe satisfacer al cargador en la proporción en que dicho naviero porteador hubiese sido considerado responsable del abordaje. En este sentido, la cláusula en cuestión no tendría una relevancia práctica en nuestro Ordenamiento.

Si esta cláusula hubiese sido incorporada al contrato de transporte relativo a las mercancías transportadas en el buque «Carmen del Mar», no cabría la posibilidad de aplicar la misma con la finalidad de conseguir la exoneración del naviero del buque porteador («Contenemar»), fundamentalmente, por los motivos siguientes:

1.º La Sentencia de 22 de julio de 1997 declara que el régimen de responsabilidad aplicable para determinar la reparación de los daños causados a las mercancías es el extracontractual por abordaje marítimo previsto en nuestro Código de Comercio. Por lo tanto, no cabe la posibilidad de aplicar una cláusula incorporada a un contrato de transporte marítimo que, a juicio del Tribunal, no ha sido incumplido, para llevar a cabo dicha tarea.

2.º En el presente supuesto, los cargadores ejercitaron una acción de responsabilidad por abordaje, tanto contra el naviero no porteador como contra el naviero porteador, lo cual supone que no nos encontramos ante el supuesto de hecho al que alude la cláusula en cuestión (acción ejercitada contra el no porteador reclamando la totalidad del daño).

3.º De resultar aplicable la normativa reguladora de la responsabilidad contractual y de encontrarnos ante el supuesto de hecho previsto en la mencionada cláusula, el naviero no porteador (o mejor su aseguradora, «Mutua de riesgo marítimo, sociedad de seguros a prima fija» —anteriormente denominada «Mutua Nacional de Previsión del riesgo marítimo»—) demandado podría utilizar la excepción solidaria personal del naviero porteador («Contenemar») de exoneración de responsabilidad por culpa náutica. Y en caso de no oponer dicha excepción, el propio naviero porteador podría oponer la misma frente al naviero no porteador si este último —una vez que ha indemnizado al cargador— ejercita el derecho de regreso (art. 1145.II CC) contra dicho naviero porteador reclamando parte de las cantidades que ha satisfecho al cargador³⁵.

³⁵ En este caso, el naviero porteador sí podría ejercitar con éxito la excepción solidaria personal de exoneración por culpa náutica, frente al ejercicio del derecho de regreso del

Por lo tanto, observamos que nuestro Código Civil ofrece diversas vías para evitar que el naviero porteador deba indemnizar indirectamente los daños sufridos por las mercancías como consecuencia de un abordaje por culpa común. Sin necesidad de utilizar la «*both to blame collision clause*» para recobrar las cantidades satisfechas en concepto de indemnización por los daños mencionados.

4. CONCLUSIONES

1. El régimen de responsabilidad por abordaje marítimo previsto en nuestro Código de Comercio –al igual que el establecido por la normativa comparada e internacional relativa a dicho accidente– es de carácter extracontractual, tal y como ha reconocido de forma prácticamente unánime la doctrina y diversas sentencias del Tribunal Supremo.

2. El régimen de responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo de nuestro Código de Comercio y del Convenio de 1910 sobre esta materia se diferencia del régimen de responsabilidad derivado del contrato de transporte marítimo sometido a lo dispuesto por las Reglas de La Haya-Visby 1924/1968, o por la Ley de Transporte Marítimo de mercancías de 1949, en aspectos como el de las exoneraciones y limitaciones de responsabilidad, el del plazo de prescripción de las acciones y el de las formalidades previas al ejercicio de la acción.

3. La responsabilidad derivada de los abordajes marítimos que constituyan la causa de la infracción de un contrato de transporte marítimo, previamente existente, entre el naviero responsable del abordaje y el dañado por dicho accidente, quedará sometida a lo dispuesto por las normas reguladoras del contrato de transporte marítimo. Normas que excluyen o desplazan la aplicabilidad de la normativa reguladora de la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo.

4. La tesis concreta que permitiría llevar a cabo dicha exclusión sería aquella conforme a la cual las normas reguladoras de la responsabilidad contractual, y las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual, fundamentarían dos pretensiones diferentes y autónomas entre sí. Pero quedando el Juez vinculado únicamente por los hechos aportados por el demandante en su pretensión (que constituirían la *causa petendi*) y por la solicitud de resarcimiento de daños realizada por éste

naviero no porteador, ya que esta excepción versaría sobre hechos opuestos en el juicio y estimados por el Juez. Los hechos, concretamente, se referirían a la causación de daños a las mercancías por culpa –entre otros– de la tripulación del buque porteador interviniente en el abordaje, es decir, versaría sobre la exoneración por culpa náutica, a la que hemos aludido reiteradamente. Y las excepciones relativas a hechos opuestos en el juicio y estimados por el Juez, o sobre hechos no opuestos por quien realiza el pago en el juicio, legitiman al codeudor solidario a oponer excepciones de carácter personal frente al ejercicio del derecho de regreso por el deudor solidario que ha satisfecho una cantidad superior a la que le correspondía indemnizar, tomando como referencia la distribución interna –por medio de cuotas– de la deuda entre los deudores solidarios, cfr. CAFFARENA, *op. cit.* (n.º 28), p. 141.

(es decir, el *petitum*). Encontrándose facultado el Juez, en consecuencia, para resolver la pretensión resarcitoria planteada por el demandante-perjudicado con fundamento exclusivamente en la normativa reguladora del abordaje marítimo, aplicando la normativa reguladora de la responsabilidad contractual, con base en el principio *iura novit curia* y sin incurrir en incongruencia.

5. Al compartir las conclusiones anteriores, consideramos que la STS de 22 de julio de 1997 (RJA 6156) resolvió inadecuadamente la acción de indemnización de daños y perjuicios derivados del abordaje marítimo, planteada por las aseguradoras de las mercancías dañadas contra las navieras de los dos buques culpables intervinientes en el abordaje y sus aseguradoras y fundamentada en la normativa del Código de Comercio reguladora de dicho accidente. Las causas de la incorrecta resolución del supuesto planteado se encuentran en la utilización de un mero «expediente» (el de «*la rigurosa órbita de lo pactado*») para justificar la aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo tanto al naviero porteador como al naviero no porteador. Cuando lo procedente hubiera sido aplicar al naviero porteador el régimen de responsabilidad por infracción del contrato de transporte marítimo, bajo conocimiento de embarque, y al naviero no porteador el régimen de responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo previsto en nuestro Código de Comercio. Concretamente, el Tribunal debió exonerar al naviero porteador de responsabilidad por los daños sufridos por las mercancías, al concurrir la denominada exoneración por culpa náutica [arts. 4.2.a) RHV y 8.a) LTM], y debió permitir al naviero no porteador beneficiarse de una reducción en el resarcimiento de los daños causados a dichas mercancías –como consecuencia del abordaje marítimo– en la proporción en que el naviero porteador hubiese sido considerado responsable solidario del abordaje recurriendo para ello a la excepción solidaria personal correspondiente al naviero porteador de exoneración por culpa náutica (art. 1148 CC).

