

PUERTOS DEPORTIVOS

SAP DE CASTELLON Nº 114/05, de 30 de junio de 2005 (CIVIL)

RESUMEN:

La Audiencia Provincial de Castellón estima el recurso de apelación del demandante sobre reclamación de cantidad; la Sala señala que los propietarios de apartamentos y locales a la conservación y mantenimiento de las instalaciones del Puerto Deportivo, por venir exigida a los mismos la obligación de pago de los gastos de conservación y mantenimiento del puerto aludidos en el Reglamento de Explotación y Policía del Puerto, reiterando la Sala la legalidad y eficacia civil del Reglamento de Explotación y Policía del Puerto.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN

SECCIÓN PRIMERA

Rollo de Apelación Civil Núm. 71 del año 2.005.

Juicio Ordinario Núm. 522 del año 2.004.

Juzgado de 1ª Instancia Núm. 3 de Vinaroz.

SENTENCIA Nº 114

Ilmos. Sres.:

Presidente:

Don CARLOS DOMÍNGUEZ DOMÍNGUEZ

Magistrados:

Don ESTEBAN SOLAZ SOLAZ

Doña AURORA DE DIEGO GONZÁLEZ

En la ciudad de Castellón, a treinta de junio de dos mil cinco.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón, constituida por los Ilmos. Sres. anotados al margen, ha visto y examinado el presente Rollo de Apelación Civil Núm. 71 del año 2.005, incoado en virtud del recurso interpuesto contra la Sentencia dictada el día 2 de marzo de 2.005 por la Sra., Juez del Juzgado de Primera Instancia Núm. 3 de Vinaroz, en los autos de Juicio Ordinario, sobre reclamación de gastos conservación y mantenimiento de puerto deportivo, seguidos con el Núm. 522 del año 2.004 en el citado Juzgado.

Han sido partes en el recurso, como APELANTE, la mercantil demandante Sociedad Náutica Las Fuentes S.A., que actúa representada por la Procuradora Doña Mª José Cruz Sorribes y dirigida por el Abogado Don Fernando Callo Molina, y como APELADA, la demandada Doña María Luisa, representada por la Procuradora Doña Estefanía Calatayud y dirigida por el Abogado Don Fernando Romero Bru, y Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don ESTEBAN SOLAZ SOLAZ, que expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento de referencia, se dictó Sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Cruz Sorribes, en nombre y representación de SOCIEDAD NAUTICA LAS FUENTES S.A., contra María Luisa, representada por la Procuradora Sra. Bofia Fibla, debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones contra la misma ejercitadas, haciendo especial condena en costas a la actora."

SEGUNDO.- Publicada y notificada la Sentencia a las partes, la representación procesal de la demandante Sociedad Náutica Las Fuentes S.A. interpuso recurso de apelación contra la misma, que fue admitido en ambos efectos, evacuándose el

trámite de oposición, con remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Castellón para su resolución.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en esta Audiencia Provincial, se turnaron a la Sección Primera, donde se formó el oportuno Rollo de Apelación Civil, tramitándose el recurso y señalándose la deliberación y votación del Tribunal el pasado día 24 de junio de 2.005, a las 10:15 horas en que ha tenido lugar.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso de apelación se han observado, en lo esencial, todas las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

NO SE ACEPTAN los de la Sentencia recurrida, que se sustituyen por los siguientes, y PRIMERO.- Promovida demanda de juicio ordinario por la Sociedad Náutica Las Fuentes S.A. en reclamación de la cantidad de 6.501,44 euros con sus intereses moratorios, como liquidación por cuotas, gastos y derramas de conservación y mantenimiento de las instalaciones del Puerto Deportivo Las Fuentes de los ejercicios 2.002 y 2.003, que correspondía satisfacer a la titular propietaria del Apartamento en planta NUM000, puerta NUM001, con acceso por el portal nº NUM002 del edificio construido sobre la Zona Tres del Complejo Urbanístico denominado "POBLADO000" sito Alcocebre, término municipal de Alcalá de Xivert (Castellón), Doña María Luisa, el Juzgado de Primera Instancia Núm. 3 de Vinaroz dictó Sentencia desestimando en su integridad la demanda interpuesta y absolviendo a la demanda del pago de la cantidad reclamada, siendo la ratio decidendi de la Juzgadora a quo la inexistencia de la obligación de los propietarios de los apartamentos del POBLADO000 de contribuir a los gastos de mantenimiento y conservación del puerto del que la actora es concesionaria, obligación que no encontró la Juez de instancia en la Ley de Propiedad Horizontal por no formar parte el apartamento de la demandada del Puerto demandante en el que no hay estatutos que determinen los elementos comunes a cuyo mantenimiento y conservación deba contribuir, ni tampoco en el Reglamento de Explotación y Policía del Puerto aprobado en 1.989 en cuanto que fue dado por la Administración y no podía establecer obligaciones o servidumbres legales que no vinieran fijadas con anterioridad, no siendo de aplicación por cuando el Puerto con su zona de servicio constituye una unidad independiente que no incluye los terrenos ganados al mar dentro de los cuales se encuentra el edificio en el que radica el apartamento propiedad de la demandada, no constando en la declaración de obra nueva y propiedad horizontal del edificio donde radica el apartamento de la acora no se hace mención alguna a la existencia de elemento común con el puerto del que se derive dicha obligación ni tampoco se menciona ninguna servidumbre. Por no estar conforme con la decisión adoptada por la Juzgadora a quo acude a esta alzada la mercantil demandante y ahora apelante Sociedad Náutica Las Fuentes S.A. interesando de la Sala la revocación de la Sentencia dictada en primer grado jurisdiccional y el dictado de otra nueva por la que, en suma, se dé lugar a la pretensión económica contenida en la demanda rectora del procedimiento, reproduciendo en su escrito de interposición del recurso los mismos motivos que ha venido sosteniendo a lo largo del proceso y que son la obligación de pago por parte de los titulares de apartamentos de los gastos de conservación y mantenimiento del puerto en función del Reglamento de Explotación y Policía del Puerto, así como la acreditación de la cuantía de la deuda, que tienen su apoyo en los diversos pronunciamientos firmes recaídos sobre la misma cuestión por esta Audiencia Provincial de Castellón.

SEGUNDO.- El presente pleito se engloba dentro del marco litigioso que ha enfrentado a la Sociedad Náutica Las Fuentes S.A., que es concesionaria del Puerto Deportivo "Las Fuentes" de Alcocebre término municipal de Alcalá de Xivert (Castellón), con los propietarios de los apartamentos y locales de comercio situados en el mismo puerto o en su zona de servicios, aunque estos titulares sostengan su no inclusión en el mentado puerto deportivo así como la inaplicabilidad a los mismos del Reglamento de Explotación y Policía del Puerto aprobado por la Resolución de 1 de marzo de 1.989 de la Consellería de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte (F. 48) , y en cuyo seno, el artículo 2.1.c) extiende su ámbito de aplicación a "los propietarios o titulares de departamentos o locales comerciales en el recinto portuario" (página 5) y

el artículo 9 del Capítulo Segundo del Anexo II recoge la obligación de aquellos propietarios de contribuir a los gastos comunes de conservación y mantenimiento del Puerto (página 23). Es en este marco reglamentario especial y no en el título constitutivo del edificio o comunidad donde se ubica el apartamento de la demandada -que es donde lo buscó la Juzgadora de instancia- donde reside la obligación de los propietarios de contribuir al sostén de los gastos de conservación y mantenimiento del Puerto Deportivo.

La cuestión planteada no es nueva para este Tribunal, ya que en varias resoluciones de esta Audiencia Provincial se ha venido a resolver sobre esta obligación de contribuir a los gastos comunes del puerto deportivo, y lo mismo que dijimos en nuestras Sentencias N° 435 de 19 Sept. 1.998 y N° 218 de 6 Sept. 2.003, debemos ahora mantener para avalar la tesis de la sociedad demandante y también apelante, por cuanto no encontramos razones para su alteración, a pesar del sentido de la resolución impugnada y del empecinamiento de la propietaria demandada-apelada en negar aquella obligación de contribuir la cual, por lo demás, ha venido sistemáticamente sostenida también por las diversas Secciones de esta Audiencia Provincial (Sentencia N° 10 de 19 Ene. 2.004 de la Sección 2ª, y Sentencias N° 7 Nov. 2.002 y N° 258 de 5 Oct. 2.004 de la Sección 3ª, entre otras).

Así las cosas, el apartamento en planta NUM000 puerta NUM001 con acceso por el portal n° NUM002 del edificio construido sobre la Zona Tres, la finca registral NUM003 (Nota Simple Informativa Registral -F. 30 a 34-) del que es propietaria la demandada Doña María Luisa, se encuentra ubicado en el Complejo Urbanístico denominado "POBLADO000", cuyos terrenos fueron ganados al mar al construir el Puerto Deportivo, así resulta de la certificación registral que tiene por objeto el citado puerto deportivo (Finca registral n° NUM004 del Registro de la Propiedad de San Mateo -F. 229 a 234- y la concesión administrativa -F. 106 a 116-. Dicha inscripción, como decimos, contiene la autorización otorgada por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 1.974 a la mercantil "Puerto Deportivo Las Fuentes S.A." de la concesión de la construcción y explotación de un Puerto Deportivo de Escala en la costa de Alcocebre, término municipal de Alcalá de Xivert, del que forma parte, entre otros, el apartamento de la demandada Doña María Luisa, puesto que los edificios denominados como "POBLADO001" (también el edificio con acceso por portal n° NUM002 construido sobre la Zona Tres) se encuentran físicamente enclavados dentro de la zona de servicio del Puerto Deportivo Las Fuentes según consta en el Informe del Director General de Obras Públicas de 24.06.1998 -F. 125- y el Informe del Jefe del Servicio de Explotación y Conservación de Puertos de 28.01.2003 -F. 126 y 127-), de donde resulta que a los titulares de estos apartamentos, también a la demandada-apelada Doña María Luisa, le es de aplicación el Reglamento de Explotación y Policía de Puerto, en particular sus citados artículos 2.1.c del Reglamento y 9 de Anexo II, de cuyo contenido se deriva ineludiblemente la existencia de la obligación de contribución que ahora se discute.

No pudimos dar sostén en aquellas ocasiones en conocimos de esta problemática, y tampoco ahora vamos a darla, al argumento esgrimido por la demandada-apelada de que el citado Reglamento es nulo y que la Resolución de la Dirección General de Obras Públicas de 16 de enero de 1.989 resulta ilegal, puesto que la legalidad de dicha resolución ha sido confirmada en sede jurisdiccional contencioso-administrativa ante la que se ventiló su impugnación, pues a las razones expuestas en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 17 Ene. 2.002 (F. 117-124) que desestimó el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del TSJCV, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 Jul. 1.994, poco más podemos decir para abundar en dar la razón a la sociedad demandante.

Como tampoco podemos atender a la carencia de eficacia civil sobre obligaciones de contribución a gastos comunes del Reglamento citado en cuanto dado por la Administración o al rechazo de los efectos en el orden civil de aquella sentencia dictada en el orden contencioso-administrativo, porque es a ésta jurisdicción especializada y no a otra a la que compete resolver sobre la cuestión de la legalidad de aquellas resoluciones administrativas aprobatorias de reglamentos, y porque el ordenamiento jurídico es una unidad y debe integrar un cuerpo de normas estructuradas armónicamente entre sí y con las decisiones judiciales que las interpretan, por lo que debe afirmarse que la legalidad de la

resolución administrativa que establece la franja de servicio discutida ha de surtir efectos en todos los ámbitos del Derecho, también en el civil.

Por estas razones, que abundan en el criterio pacíficamente seguido por esta Audiencia Provincial sobre la problemática surgida sobre la contribución de los propietarios de apartamentos y locales a la conservación y mantenimiento de las instalaciones del Puerto Deportivo "POBLADO000" sito en Alcocebre, es por lo que el primer motivo del recurso debe tener acogida, por venir exigida a los propietarios la obligación de pago de los gastos de conservación y mantenimiento del puerto aludidos en el Reglamento de Explotación y Policía del Puerto.

TERCERO.- El segundo motivo y último motivo del recurso viene referido a la acreditación de la deuda reclamada por la Sociedad Náutica Las Fuentes S.A., discrepando en este punto de las alusiones que hizo la sentencia recurrida a que las cuotas vienen fijadas unilateralmente por la actora, sin sometimiento a ningún tipo de fiscalización o control, sin detalle de las partidas de las que se derivan las cantidades reclamadas ni el concepto en que lo son. También en este motivo de impugnación asiste la razón a la mercantil recurrente.

Sobre la base, ya declarada, de la legalidad y eficacia civil del Reglamento de Explotación y Policía del Puerto, el artículo 9 apartado 2 del Capítulo Segundo del Anexo II (F. 48, página 23) establece el sistema para el reparto de gastos entre los obligados a su pago, de suerte que éste será "proporcional a la superficie de amarre, local comercial, pañol, taller o apartamento, excepto los de administración que lo serán por unidad y los que sean medidos por contador". Conforme a este sistema de reparto de los gastos de conservación y mantenimiento del Puerto Deportivo de "POBLADO000" se emitió un informe pericial contable por el economista Don Millán (F. 49 a 54) donde se estableció el cálculo de la cantidad en que debía contribuir a los gastos la propietaria del apartamento X NUM000, esto es, la demandada y hoy apelada Doña María Luisa, y de acuerdo con este cálculo se certificó por el Director del Puerto Deportivo POBLADO000 (F. 35) el importe de las cuotas semestrales y las derramas por la explanada 02 e IBI de Escollera de los ejercicios 2002 y 2003 que ascendió a la suma de 6.501,44 euros, librándose para su abono los correspondientes recibos (F. 36 a 41), todos los cuales resultaron impagados, siendo reclamado su importe extrajudicialmente por carta certificada con acuse de recibo en abril de 2003 (F. 42 a 44) y en agosto de 2004 (F. 45 a 47) con el devengo de los correspondientes intereses moratorios (arts. 1.100 y 1.108 CC). Ni la demandada mostró oposición alguna a la cuantía de la deuda reclamada respecto de la que "reconoce que tiene que contribuir a los gastos de mantenimiento del Puerto Deportivo POBLADO000, pero niega que se le aplique el Reglamento de dicho Puerto" en su contestación a la demanda (F. 143), ni ninguna prueba ha llevado a la práctica, ni siquiera la ha propuesto, dirigida a combatir o impugnar el cálculo de la cantidad en que debía contribuir a los gastos dictaminado en su informe contable por el economista Sr. Millán, que debemos considerar debidamente acreditada.

CUARTO.- Por lo expuesto y a tenor de cuantas consideraciones se han vertido anteriormente procede, con la estimación del recurso de apelación interpuesto, la revocación de la resolución recurrida y consiguiente estimación en su integridad de la demanda rectora del procedimiento, lo que conduce a que las costas de la primera instancia se impongan a la parte demandada (artículo 394.1 LEC), y que no hagamos especial declaración sobre las costas de esta alzada, de conformidad con lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso de autos,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la mercantil demandante Sociedad Náutica Las Fuentes S.A., contra la Sentencia dictada el día 2 de marzo de 2.005 por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia Núm. 3 de Vinaroz, en los autos de Juicio Ordinario Núm. 522 del año 2.004, de los que este Rollo dimana, debemos revocar y REVOCAMOS la expresada Sentencia, y en su lugar, estimamos la demanda formulada por la mercantil Sociedad Náutica Las Fuentes S.A. y condenamos a la demandada Doña María Luisa a pagar a la mercantil actora, o a quien legalmente la represente, la cantidad de SEIS MIL QUINIENTOS UN EUROS CON CUARENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (6.501,44 euros) más los intereses

moratorios correspondientes desde las interpelaciones extrajudiciales llevadas a cabo los días 3 de abril de 2.003 y 4 de octubre de 2.004 en sus respectivas cuantías, con imposición de las costas de primera instancia a la parte demandada y sin hacer especial declaración sobre las costas de esta alzada.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y expídase testimonio de la misma que, junto a los autos originales, se devolverá al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

STS Nº 461/05, de 6 de junio de 2005 (CIVIL)

RESUMEN:

Confirma el TS la sentencia de instancia así como la pretensión de la recurrente de que sea competente la jurisdicción contencioso administrativa ya que en este caso se reclama el pago de la cuota por el uso de una zona del puerto deportivo, la que demanda el pago de las cuotas es una sociedad anónima municipal que no ejerce un servicio público, se regula por el Derecho privado y se encarga de la gestión del puerto como pudiera hacerlo un particular. Lo cual no constituye un servicio público ni la Administración ha actuado con las prerrogativas que le son propias. En definitiva, la relación de naturaleza exclusivamente civil.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Junio de dos mil cinco.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de mayor, cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Fuengirola; cuyo recurso fue interpuesto por la Procuradora D^a M^a Rosa Vidal Gil, en nombre y representación de COMPAÑIA EUROPEA DE INTERMEDIACION, S.L., defendida por el Letrado D. Rafael Martínez-Echevarría; siendo parte recurrida la entidad Puerto Deportivo de Fuengirola, S.A.M., representada por el Procurador D. Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa y defendida por el Letrado D. José Delgado Gutiérrez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. Francisco Eulogio Rosas Bueno, en nombre y representación de PUERTO DEPORTIVO DE FUENGIROLA, S.A.M., interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra la COMPAÑIA EUROPEA DE INTERMEDIACION, S.L., y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en la que se condene al demandado: A) A pagar a la entidad Puerto Deportivo de Fuengirola, S.A.M. la cantidad de trece millones setecientos diez mil noventa pesetas (13.710.090 pts). B) A pagar la referida entidad, mi representada, los intereses legales desde la fecha de interposición de esta demanda. C) Todo ello con condena al demandado al pago de las costas de este proceso.

2.- El Procurador D. Felix García Agüera, en nombre y representación de COMPAÑIA EUROPEA DE INTERMEDIACION, S.L., contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia estimando las excepciones de incompetencia de jurisdicción y de insuficiencia del poder alegadas, y subsidiariamente, desestimando la demanda, con expresa imposición de las costas a la parte contraria.

4.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos, las mismas partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus escritos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Fuengirola, dictó sentencia con fecha 25 de abril de 1.997, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que estimando la

demanda interpuesta por el Procurador Sr. Rosas Bueno en representación de Puerto Deportivo de Fuengirola SAM, debo condenar y condeno a la Compañía Europea de intermediación, S.L. a que abone a la actora la cantidad de 13.710.090 pesetas, con los intereses legales desde la interposición de la demanda y al pago de las costas de este procedimiento.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de la parte demandada, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga, dictó sentencia con fecha 9 de octubre de 1.998, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Luis Olmedo Jiménez en nombre y representación de Compañía Europea de Intermediación S.L. contra la sentencia dictada el veinticinco de abril de 1997 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Fuengirola en el juicio de Menor cuantía nº 227/96, debemos confirmar y la confirmamos íntegramente e imponemos las costas en esta alzada a la parte recurrente.

TERCERO.- 1.- La Procuradora Dª Mª Rosa Vidal Gil, en nombre y representación de COMPAÑIA EUROPEA DE INTERMEDIACION, S.L., interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del nº 1º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia incompetencia de jurisdicción a tenor del art. 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y art. 1 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa. SEGUNDO.- Al amparo del nº 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia infracción del principio de reserva proclamado en el art. 31-3 de la Constitución. TERCERO.- Al amparo del nº 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia infracción del artículo 45 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. CUARTO.- Al amparo del nº 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia infracción del artículo 88-cuatro de la Ley 37/1992 de 28 de diciembre del Impuesto sobre el Valor Añadido.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Procurador Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa en nombre y representación de la entidad Puerto Deportivo de Fuengirola, S.A.M., presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 30 de mayo del 2005, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La titularidad del puerto deportivo de Fuengirola corresponde a la Junta de Andalucía, a través de la Empresa pública Puertos de Andalucía. El Ayuntamiento de Fuengirola es adjudicatario de la concesión administrativa que le confiere la titularidad de los derechos de uso y disfrute de aquel puerto deportivo. Dicho Ayuntamiento constituyó la entidad municipal Puerto Deportivo de Fuengirola, S.A.M. para su gestión y es titular actual de la misma. Por último, la sociedad demandada y recurrente en casación Cía. europea de intermediación, S.L. es la titular, por cesión, del derecho de uso preferente sobre determinadas zonas del puerto, cuales son los talleres y zona de marina seca del mismo, para lo cual paga unas determinadas cuotas, calculadas en función de los metros que disfruta.

El pago de estas cuotas ha sido el objeto de la acción ejercitada. Tanto el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Fuengirola, como la Audiencia Provincial, Sección 6ª, de Málaga, en su sentencia de 9 de octubre de 1998, han estimado íntegramente la demanda. La sociedad demandada ha formulado el presente recurso de casación, manteniendo la competencia de la jurisdicción contencioso- administrativa y dando un enfoque a todo el recurso esencialmente administrativo.

SEGUNDO.- El motivo primero del recurso de casación se formula al amparo del nº 1º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se denuncia incompetencia de jurisdicción por no corresponder este asunto a la jurisdicción civil a tenor del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 1 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Este motivo se desestima totalmente. En primer lugar, la función de la jurisdicción contencioso- administrativo es relativa al acto administrativo, lo que no ocurre en el

presente caso, en que se reclama el pago de la cuota por el uso y disfrute de una zona del puerto deportivo. En segundo lugar, porque la parte que demanda el pago del precio o cuotas es una entidad, sociedad anónima municipal, que no ejerce un servicio público, ni tiene autorizadas, se regula por el Derecho privado y se encarga de la gestión del puerto, como pudiera hacerlo un particular, asume derechos y obligaciones en iguales términos que cualquier entidad privada, ha cedido el uso y disfrute de una zona del puerto deportivo. Lo cual no constituye un servicio público ni la Administración ha actuado con las prerrogativas que le son propias. Es una relación de naturaleza exclusivamente civil.

La constante insistencia en que se trata de un precio público tampoco empaña la afirmación de que la jurisdicción competente no es la contencioso-administrativa. Como se dice en las sentencias de instancia, no se confunde con la "tasa" que es una especie de tributo y el precio público carece de naturaleza tributaria.

En definitiva, se reclama por una entidad sujeta al Derecho privado a otra entidad privada un precio consistente en la cuota correspondiente al uso de una zona de puerto. Es semejante al precio que se paga por el arrendamiento de cosa. Es una forma de explotación del puerto deportivo. No tiene sentido, por todo ello, el fundamento de este motivo del recurso para, en definitiva, no pagar e insistir en la excepción de incompetencia de jurisdicción. No se ha infringido, pues, los artículos 1 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino todo lo contrario; ni tampoco, ni mucho menos, el 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

SEGUNDO.- El motivo segundo del recurso de casación se formula al amparo del nº 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del principio de reserva de ley proclamado en el artículo 31.3 de la Constitución Española. El motivo se desestima por una doble razón.

En primer lugar, porque es una cuestión nueva que no ha sido planteada en la instancia y presentarla ex novo en casación implica una vulneración del derecho de la parte contraria a la tutela judicial sin indefensión, pues no ha tenido posibilidad en la instancia de combatir y discutir tal alegación. Así lo ha mantenido reiteradamente esta Sala, en las sentencias recientes de 8 de marzo de 2001, 30 de marzo de 2001, 31 de mayo de 2001 y 21 de abril de 200; esta última la resume en estos términos: "El motivo parece por tratarse de una cuestión nueva no ventilada en la instancia y que no constituyó tema del recurso de apelación. Las cuestiones nuevas no examinables en casación por no tener acceso a la misma, por no haber sido propuesta en el período de alegaciones, afectan asimismo al derecho de defensa y van contra los principios de audiencia bilateral y congruencia -sentencias por todas, de 5 de junio y 20 de noviembre de 1990, 3 de abril, 28 de octubre y 23 de diciembre de 1992, 8 de marzo, 3 de abril y 26 de julio de 1993, 2 de diciembre de 1994, 28 de noviembre de 1995, 7 de junio de 1996, 1 y 31 de diciembre de 1999, 23 de mayo, 14 de junio, 31 de julio y 4 de diciembre de 2000, 12 de febrero, 8 y 30 de marzo y 31 de mayo de 2001, entre otras muchas-."

En segundo lugar, porque no se trata de prestaciones patrimoniales de carácter público, sino, como se ha dicho antes, de un precio -a modo de renta arrendaticia- que se paga por el uso de una zona del puerto, forma de explotación del mismo. Se trata de tarifas aprobadas por el Ayuntamiento de Fuengirola, que han sido aceptadas por la entidad titular, por cesión, del uso de zonas del puerto, por ella, la demandada y por su causante, sin que sea factible alegar su improcedencia para justificar su falta de pago.

TERCERO.- El motivo tercero del recurso de casación, también formulado al amparo del nº 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia infracción del artículo 45 de la Ley reguladora de las Haciendas locales. Concorre, como en el motivo anterior, una doble razón para rechazarlo.

En primer lugar, porque se ha dicho y repetido por esta Sala que la cita de normas administrativas no puede fundamentar un recurso de casación ante esta Sala de lo civil. Así, sentencias de 25 de abril de 2002, 27 de febrero de 2003, 18 de marzo de 2003, 14 de abril de 2003, 9 de junio de 2003; ..."doctrina reiteradísima de esta Sala que para sustentar un motivo de casación civil no son idóneas las normas administrativas" dice esta última, con cita de sentencias anteriores.

En segundo lugar, porque en este motivo se insiste en un concepto que las sentencias de instancia y esta Sala estiman equivocado. Las tarifas han sido aprobadas, han sido

aceptadas al no haber sido impugnadas y no responden a un servicio público, por lo que la argumentación de la parte recurrente -puramente en el ámbito del Derecho administrativo- no se mantiene.

CUARTO.- El cuarto y último de los motivos del recurso de casación, también al amparo del nº 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia infracción del artículo 88.4 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del impuesto sobre el valor añadido y mantiene la improcedencia de la repercusión de este impuesto en la cuota o tarifa que se le relama y que impaga.

Esta Sala acepta y hace suyas las argumentaciones de las sentencias de instancia y rechaza este motivo del recurso. Ciertamente, las controversias que puedan producirse respecto a la repercusión del impuesto se considerarán de naturaleza tributaria; por lo tanto, la obligación de abonarlo tienen su fundamento en preceptos de carácter fiscal, atribuyendo al orden jurisdiccional civil el conocimiento de reclamaciones de pagos de tributos hechos a la Hacienda y que contractualmente son a cargo del demandado y por el contrario, no corresponde al orden civil determinar la procedencia de un determinado impuesto, en los supuestos en los que se cuestiona la viabilidad de la repercusión o su cuantía, por tratarse de cuestiones de carácter fiscal que corresponderá dilucidar ante la Administración y, en último término, ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

QUINTO.- Al desestimarse los motivos de casación, procede no dar lugar al recurso, con imposición de costas a la parte recurrente y pérdida del depósito constituido.

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

Primero.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por la Procuradora D^a M^a Rosa Vidal Gil, en nombre y representación de COMPAÑIA EUROPEA DE INTERMEDIACION, S.L., respecto a la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga, en fecha 9 de octubre de 1.998 que se confirma en todos sus pronunciamientos.

Segundo.- Se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas de su recurso.

Tercero.- Se decreta la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal.

Cuarto.- Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ.-JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL.-ANTONIO GULLON BALLESTEROS.- RUBRICADOS.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico

SAP GIRONA Nº 148/ 2005, del 8 de abril de 2005 (CIVIL)

RESUMEN:

La Audiencia Provincial de Gerona desestima el recurso de apelación del demandante sobre reclamación de cantidad; respecto a la vulneración del art.24 de la Constitución por error en la valoración de la prueba, la Sala señala que el error en la valoración de la prueba, siempre que la sentencia esté debidamente motivada, como ocurre en el presente caso, nunca puede producir violación de tal precepto constitucional, sino que la violación se produce respecto de las normas legales relativas a la carga y valoración de la prueba; la Sala señala que el sujeto que reclama la correspondiente indemnización por hechos ocasionados tanto en el ámbito contractual como extracontractual, deberá probar siempre el acto u omisión, que si es contractual se refiere al acto incumplidor, el daño y la relación de causalidad entre aquél y éste, y una vez probado, no será necesario que concurra culpa si nos encontramos ante un

supuesto de responsabilidad objetiva o se presume la misma, en los casos de responsabilidad por riesgo, correspondiendo al que realizó el acto o la omisión probar que actuó con total diligencia; en el presente caso, el actor no ha acreditado las causas del hundimiento del barco, por lo que no puede prosperar la acción ejercitada.

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION PRIMERA

GIRONA

APELACION CIVIL

Rollo nº: 45/2005

Autos: declarativo menor cuantía nº: 248/1999

Juzgado Primera Instancia 3 Blanes

SENTENCIA Nº 148/2005

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

Don Fernando Lacaba Sánchez

MAGISTRADOS

Don Fernando Ferrero Hidalgo

Don Carles Cruz Moratones

En Girona, ocho de abril de dos mil cinco.

VISTO, ante esta Sala el Rollo de apelación nº 45/2005, en el que ha sido partes apelantes BALOISE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., así como D. Víctor , no comparecido el primero en esta alzada y representado el segundo por el Procurador D. JOAQUIM SENDRA BLANXART, y dirigido por el Letrado D. JOSE DOMINGO,VALLS LLORET; y como parte apelada CLUB NÁUTICO CALA CANYELLES, representada por la Procuradora Dña. CARME EXPÓSITO RUBIO, y dirigida por el Letrado D. JAUME PRATS SÁNCHEZ; y también como parte apelada ZURICH CIA. DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., representada por el Procurador D. JOAN ROS CORNELL, y dirigida por la Letrada Dña. MANUELA VIGIOLA RECENA; siendo parte apelada no comparecida Flor .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el Juzgado Primera Instancia 3 Blanes, en los autos nº 248/1999, seguidos a instancias de BALOISE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., representada por el Procurador D. FRANCISCA PASCUAL SALA y bajo la dirección del Letrado D. LEYRE NAVARRO; así como a instancia de D. Víctor y Dña. Flor , representados por la procuradora Dña. MARIA DOLORS SOLER RIERA, bajo la dirección del Letrado D. JOSÉ DOMINGO VALLS LLORET contra CLUB NÁUTICO CALA CANYELLES, representado por la Procuradora Dña. MARIA DEL MAR RUÍZ RUSCALLEDA, bajo la dirección del Letrado D. JAUME PRATS SÁNCHEZ; contra ZURICH SEGUROS Y REASEGUROS, representada por el Procurador D. FERRAN JANSSEN CASES, bajo la dirección del Letrada Dña. MANUELA VIGIOLA RECENA, se dictó sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "DECISIÓ: Desestimo la demanda interposada per BALOISE SEGUROS Y REASEGUROS representada per la procurador FRANCISCA PASCUAL SALA i defensada per l'advocat LEYRE NAVARRO contra CLUB NÀUTIC LES CANYELLES representada per la procurador MARIA DEL MAR RUIZ RUSCALLEDA i defensada per l'advocat JAUME PRATS SÁNCHEZ i ZURICH SEGUROS Y REASEGUROS representada per la procuradora FERRAN JANSSEN CASES i defensats per l'advocada MANUELA VIGIOLA RECENA, i absolc als demandats de totes les sol·licituts contingudes a la demanda principal, amb expressa imposició de ocstes causades a la part actora. Desestimo la demanda interposada per Flor i Víctor contra el CLUB NÀUTIC CALA CANYELLES i absolc al demandat de totes les sol·lciituts contingudes a la demanda, amb expressa imposició de costes causades a la part actora."

SEGUNDO: La relacionada sentencia de fecha 17/11/2003, se recurrió en apelación por las partes demandantes BALOISE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. y Víctor y Flor , por cuyo motivo se elevaron los autos a esta Audiencia y se han seguido los demás trámites establecidos en la LEC.

TERCERO: En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTO siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Fernando Ferrero Hidalgo .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Se interpuso recurso de apelación por la entidad BALOISE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., que fue declarado desierto por auto del Juzgado de 19 de octubre de 2.004 y por D. Víctor y Dña. Flor , contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Blanes, de 17 de noviembre de 2.003, en la que se desestimó las demandas interpuestas por dichos recurrentes contra EL CLUB NAUTICO CALA CANYELLES y ZURICH CIA. DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. y en la que se reclamaba por la primera de las entidades la cantidad de 48.080,97 euros y por los segundos la cantidad de 22.363,55 euros, correspondiente a los daños y perjuicios sufridos por el hundimiento del barco de recreo, denominado "IVAN III", propiedad de Dña. Flor y cuya culpa es imputada a dicho Club, respondiendo también Zurich, por ser la aseguradora de su responsabilidad civil.

TERCERO.- Empiezan alegando los recurrentes que no se considera acertada la sentencia ya que existe un claro error en la apreciación de la prueba, con lo que se estaría vulnerando el artículo 24 de la Constitución Española, siendo este el motivo del recurso de apelación. Y al respecto debe empezarse diciendo que el error en la valoración de la prueba, siempre que la sentencia esté debidamente motivada, como ocurre en el presente caso, nunca puede producir violación de tal precepto constitucional, sino que la violación se produce respecto de las normas legales relativas a la carga y valoración de la prueba.

A continuación, en la alegación tercera, los recurrentes desarrollan tal motivo de apelación. Sin embargo, no citan ni una sola prueba que demuestre la equivocación del Juzgador su valoración, ni tampoco mencionan diligencia probatoria alguna que demuestre que su tesis inculpatoria de la demandada ha quedado debidamente acreditada. En realidad, la mayor parte de tal alegación se centra en citar una serie de jurisprudencia sobre la carga de la prueba relativa a la culpa contractual y extracontractual, así como, respecto de la acumulación de acciones, que ninguna relevancia tiene para la resolución del recurso, pues la sentencia en ningún momento hace referencia a una indebida acumulación de acciones.

Sin embargo, antes de entrar a valorar la culpa de la demandada o, en su caso, la presunción de culpabilidad es necesario saber exactamente cual es la acción que se imputa al demandado y que tal acción es la causa del daño producido y por el que se reclama, pues la responsabilidad objetiva o cuasi objetiva, o la inversión de la carga de la prueba en materia de responsabilidad extracontractual, se refieren exclusivamente al elemento subjetivo o a la culpa, pero no a los otros elementos necesarios para que nazca la responsabilidad extracontractual, por lo que, siempre el sujeto que reclama la correspondiente indemnización por hechos ocasionados tanto en el ámbito contractual como extracontractual, deberá probar siempre el acto u omisión, que si es contractual se refiere al acto incumplidor, el daño y la relación de causalidad entre aquél y éste, y una vez probado, no será necesario que concurra culpa si nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad objetiva o se presume la misma, en los casos de responsabilidad por riesgo, correspondiendo al que realizó el acto o la omisión probar que actuó con total diligencia. Tal doctrina la resume con claridad el Tribunal Supremo en la sentencia de 16 de julio de 2003 al sostener que:

"La responsabilidad por culpa extracontractual requiere para su apreciación, la concurrencia de una acción u omisión objetivamente imputable al agente, la culpa o negligencia por parte de éste, la realidad del daño causado y el nexo o relación de causalidad entre la acción y omisión y el daño causado. En cuanto a la necesidad de que se dé un nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido, dice la sentencia de 30 de abril de 1998, citada en la de 2 de marzo de 2001, que «como ha declarado esta Sala (sentencia de 22 de febrero de 1946 y otras posteriores) en el nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño ha de hacerse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo; queda así expresado que la causalidad, como en el caso debatido, es más bien un problema de imputación;

esto es que los daños y perjuicios deriven o fueren ocasionados por un acto u omisión imputable a quienes se exige indemnización por culpa o negligencia y que tales daños y perjuicio resulten consecuencia necesaria del acto u omisión de que se hace dimanar». Por otra parte, la sentencia de 9 de octubre de 2000 dice que «el art. 1902 del Código Civil ha sufrido una evolución jurisprudencial acorde con la realidad social siempre cambiante (art. 3.1 del Código Civil) que, manteniendo un fondo de reproche culpabilístico, desplaza cada vez más la prueba de la culpa a la prueba del nexo causal ya que subsume en la causa del daño la existencia de culpa»; asimismo, tiene declarado esta Sala que «corresponde la carga de la prueba de la base fáctica (nexo causal), y por ende las consecuencias desfavorables de su falta, al demandante» y «en todo caso es preciso que se pruebe la existencia de nexo causal, correspondiendo la carga de la prueba al perjudicado que ejercita la acción» (sentencia de 6 de noviembre de 2001), citada en la de 23 de diciembre de 2002; «siempre será requisito ineludible la exigencia de una relación de causalidad entre la conducta activa o pasiva del demandado y el resultado dañoso producido, de tal modo que la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido concretarse (sentencia de 3 de mayo de 1995 citada en la de 30 de octubre de 2002); "como ya ha declarado con anterioridad esta Sala la necesidad de una cumplida demostración del nexo referido, que haga patente la culpabilidad del agente en la producción del daño -que es lo que determina su obligación de repararlo- no puede quedar desvirtuado por una posible aplicación de la teoría del riesgo o por la inversión de la carga de la prueba, soluciones que responden a la interpretación actual de los arts. 1902 y 1903 del Código Civil en determinados supuestos, pues el cómo y el porqué se produjo el accidente siguen constituyendo elementos indispensables en la identificación de la causa eficiente del evento dañoso" (sentencia de 27 de diciembre de 2002)».

CUARTO.- Por lo tanto, ante de analizar si El Club Náutico demandado actuó con negligencia, será necesario saber cuales fueron las causas que provocaron su hundimiento, dando por supuesto los demandantes que tal hundimiento se produjo por una acción u omisión imputable a la demandada, sin mencionar en el recurso ninguna prueba que así lo acredite, a pesar de haberse practicado varias encaminadas a demostrar tal hecho básico de toda obligación de indemnizar. Solamente se hace una mera referencia al final del recurso a las fotografías del perito de la compañía Baloise, las manifestaciones del Sr. Víctor sobre las reparaciones realizadas, las cuales, obviamente, nula entidad probatoria tienen, y la declaración del Sr. Constantino sobre el consentimiento del amarre, que en definitiva ninguna relevancia tiene, como veremos a continuación.

Los recurrentes alegan que la dirección del Club Náutico estaba obligada a proporcionar a sus clientes los amarres adecuados en sus instalaciones. Ello no cabe duda que es cierto, pero tal obligación dependerá de las características del puerto, por lo que si éstas no permiten el atraque de un barco de unas determinadas características, no existe la obligación de proporcionarle un amarre. Así resulta, que el puerto que gestiona la demandada es un puerto de pequeñas dimensiones. El barco de los demandantes, si bien, a la vista de la prueba pericial podía amarrar en el puerto, no podía hacerlo en todas las zonas del mismo. Además resulta que las características del barco facilitadas no coinciden con la realidad, teniendo unas dimensiones mayores que las que constan en las especificaciones técnicas, según prueba pericial practicada y que el Sr. Víctor facilitó al Club. Por otro lado, debe señalarse que el barco de los demandantes era la primera vez que llegaba a puerto, no teniendo el Sr. Víctor asignado un amarre concreto, sino que le fue designado poco tiempo antes, tras la remisión de las características de la embarcación, que como hemos dicho no coinciden con la realidad.

Siguen diciendo los recurrentes que el amarre designado era por completo inadecuado para embarcaciones de la eslora de los demandantes, debido a que obligaba a los cabos de proa a quedar amarrados pique, esto es, a noventa grados respecto a la superficie del agua y que provocó una tensión superior a la que podían soportar, produciendo su rotura. A ello debe añadirse lo alegado en la demanda sobre las causas climatológicas que provocaron la rotura de uno de los cabos. Al respecto debe decirse que no se acredita que el amarre asignado fuera en principio inadecuado para las características de la embarcación y en atención a incidentes meteorológicos

que pudieran existir, ni se acredita que hubiera otros amarres más adecuados y libres en el momento en el que el barco llegara al puerto. Parece que la inadecuación del amarre se encuentra en relación con la colocación de los cabos de proa, sin embargo, el perito Sr. Luis Pedro dictamina que "en el croquis adjunto, acotado, con medidas tomadas con auxilio de Buceador en el Puerto Deportivo de Canyelles se observa que el ángulo entre las amarras de proa y la horizontal es del orden de 40º y por consiguiente los cabos trabajaban correctamente". Por lo que esta primera causa no ha quedado debidamente acreditada.

Dicen también los recurrentes que los cabos suministrados por el puerto debían, en atención a la situación del muerto de fondo, ser de una resistencia mayor. Sin embargo y nuevamente dicho perito informó que "El diámetro de los cabos de amarre de 16 mm se considera así mismo correcto", por lo que, nuevamente este hecho no ha quedado debidamente acreditado, pues debe prevalecer la pericial practicada a lo largo del proceso, que la pericial de la parte demandante efectuada extraprocesalmente y cuyo perito se limitó a ratificarse en el dictamen (folios 557 y 561).

A todo ello debe añadirse que ni siquiera queda claro que se produjera la rotura de uno de los cabos que amarraba la proa. Y ello porque las condiciones atmosféricas no eran tan desfavorables como se pretendió hacer creer en las demandas. Así resulta que el Centro Meteorológico Territorial en Cataluña informó que "durante las última horas del día 17 de mayo de 1999 y las primeras horas del día 18, en la zona de cala Canyelles, el viento sopló con rachas máximas de fuera 5 de la escala de Beaufort. El estado de la mar fue de marejadilla, el día 17, aumentando a marejada el día 18. Estas condiciones de viento y mar, por sí solas, no suponen peligro para una embarcación en buen estado y adecuadamente patroneada, ya que no son condiciones meteorológicas extremas en esta costa" (folio 844). El perito Don. Luis Pedro se pronuncia en los mismos términos, concluyendo que "no parece por lógica atribuir a la meteorología el hundimiento de la embarcación". A todo lo anterior debe añadirse que tampoco queda demostrado que el espejo de popa golpeará continuamente contra las defensas de madera del puerto, pues nuevamente el perito informa que "aunque la hipótesis apuntada podría efectivamente provocar el hundimiento a nuestro entender, y tal como se explica en el extremo siguiente, no parece probable que la causa del hundimiento sea por golpeteo del espejo de popa contra las defensas de madera por rotura de un cabo de proa, ya que no se han detectado señales de tales golpeteos ni hay evidencia de la rotura previa de un cabo de proa, existiendo además otro cabo de proa". A tales pruebas debe añadirse la testifical de los pescadores que presenciaron el hundimiento, realizando manifestaciones notariales poco después del hundimiento y ratificándose en el periodo probatorio, declarando el Sr. Humberto que vio como se hundía lentamente sin golpear sobre los pantalanés, quedando varado en el fondo del puerto y que el hundimiento fue muy suave como si el barco se hubiese llenado de agua aumentando su calado, no presentando el mar dificultades para ninguno de los barcos amarrados en el puerto. En la prueba testifical añadió que el barco estaba amarrado con los cuatro cabos. El Sr. Carlos Ramón manifestó que a las 7:30 horas el barco estaba a flote y aparentemente bien y que poco después el Sr. Humberto le comunicó que se estaba hundiendo. El Sr. Fernando manifestó que los amarres de proa y popa del yate continuaban atados al barco. Por último, la denuncia administrativa que interpuso el Sr. Víctor contra la demandada fue archivada por el Departament de Política Territorial i Obres Públiques al no apreciar negligencia alguna.

En definitiva, a la vista de la prueba pericial, ninguna de las causas que los actores imputan a los demandados han quedado demostradas. **El perito atribuye el hundimiento del barco al estado de conservación del barco al ser este muy deficiente y a que entrara el agua a través de los defectos de unión de tubos de escape, entradas de refrigeración, bocina, etc. que se fue acelerando al aumentar el calado a popa y sumergir las salidas de escape y correspondientes.**

A la vista de dicha prueba, si no queda acreditado que el hundimiento sea debido a una acción u omisión del CLUB NÁUTICO CALA CANYELLES, sino que todos los indicios apuntan a que el hundimiento se produjo por el estado deficiente de la embarcación, difícilmente podremos entrar a presumir culpa alguna de la demandada, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes citada.

QUINTO.- Por todo lo dicho, procede desestimar el recurso interpuesto y de acuerdo con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer las costas del recurso al recurrente.

SEXTO.- En los procedimientos seguidos por razón de una reclamación de cantidad inferior a los 25 millones de pesetas, no se puede interponer recurso de casación, ni por interés casacional, según lo que ha venido reiterando el Tribunal Supremo en los autos de fechas 26.2.02, de 5.2.02 (tres de la misma fecha) y de 12.2.02 (siete de la misma fecha). Considera el Tribunal Supremo que las vías procesales del artículo 477.2 de la L.E.C. son distintas y excluyentes y, por este motivo, los asuntos por razón de la cuantía no pueden usar la vía del interés casacional (artículo 477.2.3) que queda reservada únicamente a los procedimientos seguidos por razón de la materia.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS:

DESESTIMAR el recurso de apelación formulados por BALOISE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. y D. Víctor y Dña. Flor contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 3 DE BLANES, en los autos de Declarativo de Menor Cuantía Nº 248/1999, con fecha 17/11/2003, y CONFIRMAR INTEGRAMENTE la misma, con imposición al apelante de las costas de esta alzada.

No procede interponer recurso alguno contra la presente resolución.

Librense testimonios de la presente resolución para su unión al Rollo de su razón y remisión al Juzgado de procedencia, junto con las actuaciones originales.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado - Ponente D. Fernando Ferrero Hidalgo , celebrando audiencia publica en el día de la fecha, de lo que certifico.

SAP DE GRANADA Nº 632/ 1999, de 13 de septiembre de 1999 (CIVIL)

RESUMEN:

Entiende la Sala que la Dirección del Puerto Deportivo no puede denegar sin más el acceso al atraque ni por impago de las tarifas, sin acreditar tampoco que la negativa corresponde a intereses generales o superiores. Por consiguiente, acreditado que en su día el accionante firmó con la entidad demandada un contrato de cesión del derecho de uso del atraque y producido el despojo al denegar la Dirección del Puerto Deportivo el uso del mismo, procede la demanda del interdicto de recobrar la posesión.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA
SECCION TERCERA
ROLLO 1353/98 - AUTOS 192/97
Juzgado de 1ª Instancia Nº 1 DE ALMUÑECAR
ASUNTO: INTERDICTO
PONENTE SR. ALBIEZ
SENTENCIA NUM. 632
ILTMOS. SRES.
PRESIDENTE
D. DOMINGO BRAVO GUTIERREZ
MAGISTRADOS
D. ANTONIO MASCARO LAZCANO
D. KLAUS JOCHEN ALBIEZ DORHMANN

En la Ciudad de Granada a trece de septiembre de mil novecientos noventa y nueve La Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, constituida con los Ilmos. Sres. al margen relacionados, ha visto en grado de apelación -rollo 1353/98- los autos de Juicio de Interdicto 192/97, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Almuñécar, sobre recobrar la posesión, seguidos, a virtud de demanda de Secor Andalucía, SA, contra Puerto Deportivo Punta de la Mona, SA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el mencionado Juzgado se dictó sentencia en veintidós de septiembre de mil novecientos noventa y ocho, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora D^a María Victoria Rodríguez Montero en nombre de Secor Andalucía, SA, contra Puerto Deportivo Punta de La Mona, SA, condeno a esta a que reponga a la actora en la posesión del puesto de atraque nº 126 del citado Puerto Deportivo, debiendo mantenerla en tal posesión y abstenerse en lo sucesivo de despojarlo, sin perjuicio de tercero y con reserva a las partes del derecho que puedan tener sobre la propiedad o posesión efectiva que podrán ventilar en el declarativo correspondiente".

SEGUNDO.- Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue impugnado de contrario; una vez elevadas las actuaciones a este Tribunal se siguió el trámite prescrito y se señaló día para la votación y Fallo, con arreglo al orden establecido para estas apelaciones.

TERCERO.- Que por este Tribunal se han observado las formalidades legales de trámite.

Por necesidades del servicio se procedió al cambio de Ponente a favor del Magistrado Iltmo. Sr. D. Klaus Jochen Albiez Dorhmarm.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgador "a quo" fundamenta su resolución judicial en la consabida doctrina posesoria según la cual el procedimiento interdictal para recobrar la posesión tiene por finalidad proteger el hecho de la posesión contra su despojo, además caracterizado por ser un procedimiento sumarísimo, de ámbito limitado, sin efectos declarativos, en el que las cuestiones relativas a la propiedad y sus limitaciones han de solventarse en el procedimiento declarativo correspondiente.

Partiendo de esta doctrina totalmente consolidada, el Juzgador de instancia considera que al interdictante le asiste la acción de defensa de la posesión después de acreditar que por un documento aportado con la demanda con el número 1, con fecha de 27 de marzo de 1992, le fue cedido el derecho de atraque no 126, previa entrega de una cantidad inicial, y el despojo posterior de la posesión por parte de la Dirección del Puerto Deportivo "Punta de la Mona", SA, al denegar el acceso al atraque. Cualquier otra cuestión, como la efectiva existencia del contrato de cesión, el impago de las tarifas o cualquier incumplimiento de otras obligaciones por parte del cesionario, debe ser resuelta en la vía procesal ordinaria. Lo único que interesa determinar en este procedimiento es si el accionante, que ejercita un derecho individualizado, basado en un contrato de cesión de uso de atraque, le asiste la defensa de su posesión.

No obstante, se debe matizar, como alega la parte demandada y ahora recurrente, que la posesión que invoca el accionante no es absoluta ni exclusiva y tampoco ilimitada, atendiendo a la propia naturaleza del derecho de atraque. Ha de tenerse presente que para la explotación de los Puertos Deportivos, como viene previsto tanto en la Ley de Puertos Deportivos de 26 de abril de 1969 como el Real Decreto de 26 de septiembre de 1980, es necesario una previa concesión administrativa, dado el carácter de dominio público de los recursos naturales del litoral español. En el mismo sentido, se orienta la Ley andaluza de 2 de noviembre de 1988 en su ordenación de los Puertos Deportivos (no afecta al curso la declaración de inconstitucionalidad de algunos de sus preceptos por la STC 1 de octubre de 1998). Si bien no existe una opinión unánime sobre la naturaleza del derecho de atraque -en la introducción a la Ley andaluza se dice que con este derecho se concede un uso y disfrute de elementos de dominio público-, no se puede negar que, en cualquier caso, la Administración puede y debe exigir al concesionario el cumplimiento de los objetivos de explotación en consonancia con los intereses generales. Por consiguiente, en ningún caso la posesión que se ostenta sobre el atraque puede tener un carácter absoluto, exclusivo e ilimitado. Ni siquiera cuando se tiene concedido un derecho preferencial. Entre las disposiciones se determina que la Dirección del Puerto dispondrá de los atraques en régimen de base cuando sean utilizados por los titulares del derecho de atraque si los hubiere, aplicándose al usuario el régimen establecido

para atraques en tránsito. Para el usuario en tránsito será preciso, según el artículo 26, que éste solicite previamente el atraque, acceso o salida del Puerto. **Ello significa que mientras la Dirección del Puerto tiene amplias facultades para conceder o negar el atraque, acceso o salida a los usuarios en tránsito, debe respetar, salvo intereses superiores, el derecho preferencial cuando haga uso de él el cesionario del atraque.**

Con carácter general el artículo 27 regula el acceso no autorizado. Obviamente, cuando se trata de defender intereses generales la Dirección del Puerto estará facultada para denegar el acceso al Puerto (supongamos, p.e., que la embarcación no cumple las medidas de seguridad, o su acceso puede ser perjudicial para el medio ambiental...), tanto a los meros usuarios en tránsito como a los cesionarios del atraque. Algunas de las obligaciones impuestas en el artículo 25 del Reglamento responde a esta idea (p.e., colaborar con el personal dedicado a la explotación del puerto, mantener la embarcación en buen estado de conservación, presentación, flotabilidad y seguridad, vigilar las embarcaciones...). **En el caso de autos, la negativa tiene su origen exclusivamente en el impago de las tarifas correspondientes a años anteriores para el uso del derecho de atraque así como de los servicios inherentes a él del Puerto Deportivo "Punta de la Mona".** En el apartado cuarto del artículo 25 del Reglamento se establece también como obligación el abono de las liquidaciones que sean practicadas a los cesionarios de acuerdo con las tarifas correspondientes. Esta obligación hay que ubicarla exclusivamente en la relación jurídico-privada que existe entre cedente y cesionario, pudiendo ejercer el cedente, en su caso, las acciones correspondientes para hacer cumplir esta obligación (exigir su cumplimiento expresamente o pedir la resolución del contrato de cesión en caso de incumplimiento). Al margen de si efectivamente se ha concertado en el caso de autos un contrato de cesión de uso del derecho de atraque entre los litigantes, en el que no podemos entrar por el carácter sumarísimo del procedimiento interdictal, la negativa de la Dirección del Puerto se debe sólo al impago de las tarifas de años anteriores. El recurrente hábilmente no se pronuncia sobre este particular para defender su tesis, insistiendo sólo una y otra vez que las cesiones están sujetas a limitaciones impuestas por la legislación de Puertos Deportivos, sin precisar que norma administrativa particular se ha infringido o debe prevalecer en el caso particular. **Al igual que el arrendador o la Comunidad de Propietarios en ningún caso puede privar al arrendatario o al comunero de la posesión por impago del alquiler o de los gastos comunes, tampoco puede la Dirección del Puerto Deportivo denegar sin más el acceso al atraque nº 126 por impago de las tarifas, sin acreditar tampoco que la negativa corresponde a intereses generales o superiores.**

Por consiguiente, acreditado que en su día el accionante firmo con la entidad demandada un contrato de cesión del derecho de uso del atraque no 126 y producido el despojo al denegar la Dirección del Puerto Deportivo "Punta de la Mona" el uso del mismo, procede la demanda interdictal interpuesta.

SEGUNDO.- Por imperativo del artículo 736 de la LEC se deben imponer las costas de esta alzada a la parte recurrente.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación, este Tribunal pronuncia el siguiente

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos

SAP DE MALAGA Nº 668/ 1998, de 10 de septiembre de 1998 (CIVIL)

RESUMEN:

Confirmación de la instancia sobre reclamación de cantidad derivada de contrato de cesión. El Ayuntamiento es el titular de la gestión de los derechos de uso y disfrute del Puerto deportivo siendo su adjudicatario otro

Ayuntamiento. No es competente la jurisdicción Contenciosa- Administrativa. Se trata de una cesión de uso y disfrute de un bien patrimonial del Estado, zonas del puerto deportivo de Fuengirola, y al no tratarse de ejecución de obras o gestión de servicios públicos con vinculación directa de un servicio público, no es necesaria una especial tutela de interés público, no supone un servicio público de carácter obligatorio ni tampoco la Administración actúa con ningún tipo de prerrogativa. Se trata de un contrato civil y no administrativo. Se reconoce la deuda por parte de la recurrente al no afirmarse en ningún momento haberse abonado cantidad alguna limitándose su impugnación por lo tanto, a la cuantía de lo adeudado. Falta de prueba de los hechos impositivos.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MALAGA. SECCION SEXTA
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N°5 DE FUENGIROLA
JUICIO DE MENOR CUANTIA N°227/96
ROLLO DE APELACION CIVIL N°701/97
SENTENCIA N°668/98

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. Antonio Alcalá Navarro

MAGISTRADOS

D. Wenceslao Diez Argal

D^a. Soledad Jurado Rodríguez

En la ciudad de Málaga a nueve de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, los autos de juicio de Menor Cuantía n° 227/96 procedentes del Juzgado de Primera Instancia n° 5 de Fuengirola sobre reclamación de cantidad seguidos a instancia de Puerto Deportivo de Fuengirola S.A.M. representado en el recurso por el Procurador Don. Carlos González Olmedo y defendido por el Letrado Don. José Soldado Gutiérrez, contra Compañía Europea de Intermediación S.L. representado en el recurso por el Procurador Don. Luis Olmedo Jiménez y defendido por el Letrado Don. Juan Ferrero Muñoz pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia dictada en el citado juicio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia n°5 de Fuengirola dictó sentencia de fecha 25 de Abril de 1997 en el juicio de Menor Cuantía n° 227/96 del que este rollo dimana, cuya parte dispositiva dice así: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Rosas Bueno en representación de Puerto Deportivo de Fuengirola S.A.M., debo condenar y condeno a la Compañía Europea de intermediación S.L. a que abone a la actora la cantidad de 13.710.090 pts, con los intereses legales desde la interposición de la demanda y al pago de las costas de este procedimiento."

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación el demandado el cual fue admitido a trámite y, emplazadas las partes para que comparecieran ante esta Audiencia, personadas y entregados los autos a las mismas para instrucción durante cuatro días, se señaló la vista del recurso que tuvo lugar el día 15 Septiembre 1998, en el cual el Letrado de la parte apelante informé en apoyo de sus pretensiones y solicité la revocación de la sentencia recurrida y el Letrado de la parte apelada solicitó su confirmación.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Il^{ta}. Sra. D^a. SOLEDAD JURADO RODRIGUEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Fuengirola es adjudicatario de la concesión administrativa que le confiere la titularidad de los derechos de uso y disfrute del puerto deportivo y la entidad municipal Puerto Deportivo de Fuengirola S. A.M. es la actual titular de la gestión del mismo, siendo la entidad demandada, Compañía Europea de intermediación S. L. titular por cesión, de un derecho de uso preferente sobre determinadas zonas del mismo, ejercitándose por la segunda acción contra la última en reclamación de cuotas debidas y no satisfechas por ese uso, calculadas en función

de los metros que disfruta, y habiéndose estimado esta pretensión en la primera instancia, reitera el apelante en esta alzada los mismos motivos de posición aducidos contra la demanda rectora convirtiéndolos en argumentos impugnatorios contra la sentencia de instancia, insistiéndose así en la excepción de incompetencia de la jurisdicción civil en base a que lo que se reclama es un precio público y que ello acarrea que sea la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para su conocimiento y resolución, siendo esta excepción rechazada por el Juzgador a quo a través de un análisis de la cuestión desde un punto de vista subjetivo -naturaleza de la intervención de los entes públicos en la relación jurídica de la que trae causa la reclamación objeto de litis y naturaleza de la entidad actora como forma societaria utilizada por la Corporación Local con objeto de la gestión de servicios públicos-, y desde un punto de vista objetivo, naturaleza de la contraprestación económica objeto de la reclamación- para llegar a la conclusión de la competencia de esta jurisdicción para su conocimiento y resolución, sin que el recurrente haya aportado razonamientos con fuerza para que este Tribunal pueda llegar a otra conclusión distinta a ésta, debiéndose rechazar, en consecuencia, la excepción planteada porque conforme al artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, no es suficiente que la pretensión que se deduzca tenga relación con los actos de la Administración Pública para que resulte la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sino que tendrá que estar sujeta al Derecho Administrativo, y el artículo 3 de esta misma Ley limita el conocimiento de dicha jurisdicción a los supuestos en que el ente público actúa revestido de cierta privilegio reconociéndose en él todas las cuestiones deferentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por la Administración Pública, cuando tuviera por finalidad obras y servicios públicos de todas las especies, Fuera de estos casos, cuando concurre contrato de naturaleza civil o privada, el ente público actúa sin especialidad alguna en orden sustantivo o jurisdiccional y asume obligaciones y derechos en iguales términos que cualquier entidad privada, y en el presente supuesto se trata simplemente de una cesión de uso y disfrute de un bien patrimonial del Estado, que se concreta en determinadas zonas del puerto deportivo de Fuengirola, del que es titular la entidad demandada por cesión, y al no tratarse de ejecución de obras o gestión de servicios públicos con vinculación directa con el desenvolvimiento regular de un servicio público no hace precisa una especial tutela de interés público, no constituye un servicio público de carácter obligatorio ni tampoco la Administración actúa con ningún tipo de prerrogativa, ni, por último, la actividad de la Administración presenta un carácter de intensidad especial, razones por las que la Sala 3ª del Tribunal Supremo, en su sentencia de 25 de Noviembre de 1.991, entiende suficientes para que no concurre ninguno de los criterios susceptible de calificar como administrativo un contrato, tratándose de un contrato meramente civil., carácter que, lógicamente, se ha de extender a los derechos y obligaciones que ambas partes asumen, de tal forma que si se afirma que el objeto del contrato queda fuera del ámbito administrativo, no se puede pretender que, por contra, la obligación de una de las partes, como contraprestación a la anterior, como es el pago del precio por ese ejercicio del uso y disfrute, quede dentro de la esfera administrativa por el sólo hecho de tener que abonarse a una sociedad anónima municipal, faltando así los requisitos necesarios para que conozca del mismo la jurisdicción contencioso-administrativa, y en este mismo sentido se pronunció esta Sala en sentencia de fecha dos de Febrero de 1994 en relación a un caso similar al presente donde se le reclamaba al demandado el pago de una cantidad por tarifas impagadas a la que venía obligado en virtud de su titularidad del derecho de uso de un local en el puerto deportivo, resolviendo la única divergencia con el presente en que, además de Puerto Deportiva de Fuengirola S.A.M., también actuaba como parte demandante el Ayuntamiento de Fuengirola.

SEGUNDO.- Sentado lo anterior, la parte recurrente, en cuanto al fardo del asunto, esto es, en cuanto al montante de la deuda que se le reclama, aduce su improcedencia en base, fundamentalmente, a que las tarifas que se aplican para su cálculo no coinciden con las aprobadas, argumento que conlleva el reconocimiento de la deuda por este concepto al no afirmarse en ningún momento haberse abonado cantidad alguna limitándose su impugnación por lo tanto, a la cuantía de lo adeudado, sin que ello pueda prosperar en esta alzada, desde el momento en que la entidad

actora aparta como prueba que acredita la cuantía de la deuda certificado del secretario de la misma que contiene un desglose explicativo del origen y montante de la cantidad reclamada, en razón de los trimestres vencidas, los metros cuadrados de las zonas usadas por la demandada y las tarifas aprobadas por el Ayuntamiento de Fuengirola publicadas en el Boletín Oficial de la Provincia, y conforme a los principios de la carga de la prueba, era la demandada la que debía probar los hechos impositivos u obstativos al efecto jurídico reclamado por el actor, esta es, que tal cálculo es incorrecto aportando prueba que desvirtúa la aportada por la actora y acredite cual sea la cantidad realmente debida, actividad probatoria que no se ha llevado a cabo. Dentro de esta misma cuestión, la recurrente insiste en su desacuerdo con la cuantía en que se ha fijado la deuda por las cuotas impagadas correspondientes a 1998 al afirmar que queda acreditado que el derecho de uso y disfrute fue cedido en ese año a la entidad Varadero de. Fuengirola S. L., cuestión ya resuelta en la sentencia de instancia, y que es incomprensible su reiteración cuando de la documental antes mencionada aportada por la actora resulta que el cálculo de la deuda correspondiente a dicho año se efectuó tan sólo en base a sus dos primeros trimestres, no a la anualidad completa. Por último, ha de rechazarse igualmente la alegación recurrente referida a la improcedencia de la repercusión del impuesto sobre el valor añadido que se introduce en el cálculo efectuado por la entidad actora, porque, aparte que ya fue resuelta la cuestión por el Juzgador a quo sin que en esta instancia el apelante haya aducido otros argumentos distintos o a los ya rechazadas, conforme al artículo 88.6 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido 37/1992 de 28 de Diciembre, las controversias que puedan producirse con referencia a la repercusión del impuesto se considerarán de naturaleza tributaria, por lo tanto, la obligación de abonarlo tienen su apoyatura en preceptos de carácter fiscal, -S.T.S. 27 de Enero de 1996-, atribuyendo la jurisprudencia al orden jurisdiccional civil el conocimiento de reclamaciones de pagos de tributos hechas a la Hacienda y que contractualmente son a cargo del demandada, señalando que no es cuestión ajena al orden jurisdiccional civil, siempre que no se discuta ni su cuantía ni la procedencia de su repercusión, puesto que se trata de obtener el cumplimiento de la obligación contraída en el contrato, lo que integra una cuestión de naturaleza estrictamente civil- S.T.S. 12 de Febrero 9 de Abril de 1992, 7 de Diciembre y 4 de Marzo de 1.993, y 27 de Enero de 1996 sosteniendo esta misma doctrina que, por el contrario, no corresponde al orden civil determinar la procedencia de un determinado impuesto, en los supuestos en los que se cuestiona la viabilidad de la repercusión o su cuantía, por tratarse de cuestiones de carácter fiscal que corresponder dilucidar ante la Administración y, en último término, ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo -S.T.S. 26 de Mayo de 1993, y 28 de Febrero de 1996-, en concordancia con lo establecido en el referido precepto.

TERCERO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la sentencia confirmatoria de la dictada en primera instancia, deberá contener condena en costas al apelante.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Luis Olmeda Jiménez en nombre y representación de Compañía Europea de intermediación S. L. contra la sentencia dictada el veinticinco de Abril de 1997 por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Fuengirola en el Juicio de Menor Cuantía nº 227/96, debemos confirmar y la confirmamos íntegramente, e imponemos las costas causadas en esta alzada a la parte recurrente.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/.

SAP DE ALMERIA Nº 283/ 2000, de 18 de julio de 2000 (CIVIL)

RESUMEN:

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto sobre reclamación de cantidad derivada de uso de punto de atraque de puerto deportivo porque de acuerdo a la Jurisprudencia de la Audiencia no se puede aplicar la Ley de Propiedad Horizontal porque el régimen de tarifas portuarias está excluido de su ámbito. La revisión de tarifas excede del ámbito civil. Los titulares de concesiones están obligados a abonar las tarifas que fije la concesionaria.

En la Ciudad de Almería, dieciocho de Julio de dos mil.

La Sección Segunda de esta Audiencia Provincial, ha visto y oído en grado de apelación, rollo número 177 de 2000 los autos procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Roquetas de Mar seguidos con el número 165 de 1999 sobre reclamación de cantidad entre partes, de una como apelante Dª. M.ª, L. S. S. y, de otra como apelada cuyas demás circunstancias constan en la sentencia apelada, representada la primera por el Procurador D. José Soler Turmo, y dirigida por el Letrado D. Luis Durban Puig, y la segunda representada y dirigida por el Letrado D. Antonio García Paez.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia apelada como relación de trámites y antecedentes del procedimiento.

SEGUNDO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Roquetas de Mar en los referidos autos se dictó sentencia con fecha 25 de Febrero de 2000, cuyo Fallo dispone: "Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. García Gandia en nombre y representación de la mercantil de "PUERTO DEPORTIVO AGUADULCE, S.A." contra Dª. M.ª. L. S. S. , debo condenar y condeno a la demandada, Dª. M.ª. L. S. S. , a que abone a la actora la cantidad de noventa y seis mil seiscientos sesenta y cuatro ptas. (96.664), más los intereses legales correspondientes desde la fecha de interposición de la demanda y las costas procesales.- Que debo desestimar y desestimo la demanda reconventional interpuesta por el procurador, Sr. Soler Turmo, en nombre y representación de Dª. M.ª. L. S. S. contra la mercantil "PUERTO DEPORTIVO AGUADULCE, S.A." con imposición de costas a la actora reconventional".

TERCERO.- Contra la referida sentencia y por la representación procesal de la parte demandada se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, elevándose los autos a este Tribunal, donde se formó el rollo correspondiente, y seguido el recurso por sus trámites, se señaló día para votación y fallo, que tuvo lugar el 17 de Julio de 2000 solicitando el Letrado de la apelante en su escrito la revocación de la sentencia impugnada y que se dicte otra por la que se desestime la demanda deducida frente a la misma, y el Letrado de la parte apelada su íntegra confirmación, con expresa imposición de las costas causadas en la alzada a la parte apelante.

CUARTO.- En la tramitación de ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

Y siendo Ponente la Ilma. Sra. Dª. S. J. C. y Cid.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia impugnada en cuanto no se opongan a lo que más tarde se dirá.

SEGUNDO.- Frente a la sentencia que estimando la demanda y desestimando la reconvention condenaba a la Sra. S. al pago de 96.664 pesetas más intereses legales por uso del punto de atraque nº 261 del Puerto de Aguadulce, se alza la demandada y apelante solicitando revocación de dicha resolución y que se aplique la Ley de Propiedad Horizontal en la fijación de la tarifa por cesión del punto de atraque.

Es reiterada, constante y abundantísima la jurisprudencia de esta Audiencia Provincial en sus dos Secciones acerca de la inaplicabilidad de la Ley de Propiedad Horizontal (SAP 19 noviembre 1998, 26 febrero 1999, 8 Febrero 1998) de 1960 al régimen de

tarifas por utilización de servicios portuarios y si el Reglamento correspondiente administrativamente aprobado, pues el dominio público está excluida de su ámbito. Y ello es así porque a) la Ley de Propiedad Horizontal modifica y desarrolla los artículos 396 y ss. del Código Civil, que se refiere sólo y exclusivamente a supuestos de copropiedad privada (nótese que está dentro del Tit. II, Lib. II C. Civil); b) la propia Ley Hipotecaria, en su artículo 8 lo que hace es en regular en sus números 4 y 5 la posibilidad de inscripción del edificio (o conjunto de edificaciones) como un todo y al mismo tiempo cada piso, local o elemento individual con folio registral propio pero no prejuzga su régimen legal; c) la Ley 8/1.998, de 2 de noviembre de puertos deportivos de la CC.AA. de Andalucía, que desarrolla el artículo 13, punto 11 del Estatuto de Autonomía, establece en su artículo 3 que "los puertos deportivos, zonas portuarias de uso náutico deportivo y las instalaciones ligeras náutico deportivas constituyen bienes de dominio público, cuya titularidad corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía y que se destinan mediante explotación adecuada a la pretensión de servicios públicos". Y en su artículo 7 establece que el régimen general de las concesiones se ajustan a las normas que reglamentariamente se determinen, aplicándose subsidiariamente la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y su Reglamento.

Así pues, ninguna duda cabe sobre el sometimiento al derecho administrativo de la cuestión. Pero es que, además, en la propia inscripción se especifica que la "transmisión de los derechos que dimana del contrato, llevar aparejado inexorablemente para su validez, la asunción por los derechos de las obligaciones que impone el contrato y el Reglamento de Explotación y Tarifas..."

Y tampoco puede obviarse en este caso, como sucedía en los casos antes resuelto, "la propia asunción contractual de las tarifas en base a las que se reclama por el hoy apelante".

TERCERO.- La revisión de las tarifas que el apelante pretende por vía reconventional excede de la jurisdicción civil. Puerto Deportivo Aguadulce, es titular de una concesión administrativa para la construcción y explotación de las instalaciones en cuestión, sin que en ningún caso ostente título de dominio alguno. Dicha Entidad se rige por un Reglamento de Explotación y Tarifas aprobadas por la Junta de Andalucía.

En el referido reglamento entre otras disposiciones se contempla la obligación de los titulares de elementos de la concesión a abonar las tarifas que fije la concesionaria, expresándose en idénticos criterios el contrato de cesión aportado.

Al respecto de la interpretación del Reglamento que también pretende el recurrente según su escrito de apelación, el artículo 71 del propio Reglamento de Explotación y Tarifas por el que se rige Puerto Deportivo de Aguadulce, prevee en caso de dudas en la interpretación del Reglamento que sea la dirección del puerto y en su caso la Consejería de obras Públicas y Transportes, la que resuelve. Resulta inviable en esta jurisdicción la pretensión de la apelante.

Las contradicciones de la representación de la Sra. S. se hacen patentes pues si bien dice acatar el Reglamento en que se establece el Régimen de tarifas aplicables a los titulares de elementos de la concesión, sin embargo impugna las cuotas fijadas, y ello a pesar de que el artículo 59, 1 y 60 del Reglamento así lo permiten, fijando la actora unas tarifas que en ningún caso sobrepasan el máximo autorizado por la Administración.

Es por ello por lo que debe ser mantenida la resolución de instancia en cuanto a la falta de jurisdicción con respecto a la demanda reconventional, no siendo la jurisdicción civil la competente.

CUARTO.- La elevación a publico del documento de cesión de uso del puerto de atraque, resulta calificada como de cuantía indeterminada, por lo que excediendo de los estrechos márgenes del juicio de cognición, ventilable en el procedimiento de menor cuantía según el artículo 484.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al que se remite la Juzgadora, en sus fundamentos que esta Sala hace propios, debiéndose estimar en este sentido la excepción de inadmisión procedimiento opuesto a la reconvencción.

Habiendo quedado acreditado la existencia de una deuda y en la cuantía reclamada debe estimarse la demanda como así lo hizo el Juzgador y confirmar la resolución recurrida en cuanto a la desestimación de la reconvencción.

Respecto a las costas. De conformidad con el artículo 736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede imponer las costas de esta alzada al apelante.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de pertinente y general aplicación.

FALLAMOS

Que con desestimación del recurso de apelación deducido contra la sentencia dictada con fecha 25 de Febrero de 2000 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Roquetas de Mar en los autos sobre reclamación de cantidad de los que deriva la presente alzada, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente la resolución impugnada, imponiendo al apelante las costas de esta alzada.

Devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia acompañados de certificación literal de la presente resolución a efectos de ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman, estando celebrando Audiencia Pública el mismo día de su fecha, de todo lo cual doy fe.

SAP DE ALMERIA Nº 101/2000, de 20 de marzo de 2000 (CIVIL)

RESUMEN:

La demandada reconviniendo la Sentencia de instancia por entender que no procede que se le imponga el pago de una cantidad de dinero, atendida su excepción de inadecuación de procedimiento. La Sala si bien confirma que los términos para ejercitar dicha excepción se deberían ventilar en la jurisdicción contenciosa administrativa, desestima el recurso ya que la cantidad a la que ha quedado obligado a pagar resulta de los impagos mensuales del punto de atraque a lo que quedó obligado por contrato de puesto de atraque.

En la Ciudad de Almería a, veinte de marzo de dos mil.

La Sección Segunda de esta Audiencia Provincial, ha visto y oído en grado de apelación, rollo número 329/99, los autos procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Almería seguidos con el número 360/97, sobre reclamación de cantidad y otros extremos entre partes, de una como apelante, DON JOSE RAMON M. L., representado por el Procurador Doña María Carmen C.E., y dirigida por el letrado Don Luis D.P. y, de otra como apelado PUERTO DEPORTIVO DE AGUADULCE representada por el Procurador Don Angel V. M. y defendida por el, Letrado Don Antonio G.P..

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia apelada como relación de trámites y antecedentes del procedimiento.

SEGUNDO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Almería en los referidos autos se dictó sentencia con fecha 12 de febrero de 1.999, cuyo Fallo dispone: " Que estimando la demanda interpuesta y apreciando en cuanto a la reconvención, la excepción de inadecuación de procedimiento, debo condenar y condeno al demandado a abonar a la actora la cantidad de CINETO NOVENTA Y TRES MIL DOSCIENTAS OCHENTA Y CUATRO pesetas, con los intereses legales desde la interposición de la demanda, condenándole asimismo al pago de las costas de este proceso".

TERCERO.- Contra la referida sentencia y por la representación procesal de la parte demandada y reconviniendo se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, elevándose los autos a este Tribunal, previo emplazamiento de las partes en el término legal, donde se formó el rollo correspondiente, en el que oportunamente comparecieron las mismas, y seguido el recurso por sus trámites, se señaló día para la vista, la que tuvo lugar el 3 de marzo de 2.000, con asistencia de las representaciones de las partes comparecidas y sus Letrados, solicitando el de la primera la revocación de la sentencia impugnada y que

se dicte otra de conformidad con el suplico de su demanda con imposición de costas a los demandados, y el Letrado de la parte apelada su íntegra confirmación, con expresa imposición de las costas de la alzada al recurrente, declarándose el recurso visto y concluso para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

Y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON JOSE MARIA CONTRERAS APARICIO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia impugnada.

SEGUNDO.- La parte recurrente, demandada en la anterior instancia viene a discrepar de la sentencia recurrida, que estimó íntegramente la pretensión ejercitada de contrario, al considerar que la cantidad reclamada no le es exigible.

TERCERO.- No es acogible la impugnación que se realiza respecto de lo que denomina "declaración de hechos probados" que la resolución recurrida contiene, en cuanto que solo con la mera lectura del Fundamento de Derecho Primero, en sus párrafos se aprecia que el juzgador en los mismos se limita a describir las pretensiones de las partes sin darle en momento alguno la naturaleza de "Hechos probados", que, de otro lado, son innecesarios en las sentencias de orden civil, según se desprende del contenido de los arts. 248.3 de la L.O.P.J. en relación con el art. 372 de la L.E.C.

CUARTO.- Es objeto principal del litigio la acción personal que la entonces actora, Puerto Deportivo Aguadulce, S.A., ejercita en reclamación al hoy recurrente, demandado en la misma, como titular de un punto de amarre, el señalado con el nº 235, del importe de los recibos mensuales, mas el recargo del 10%, impagados ascendente a 193.284 Ptas..

El hoy apelante estando interesado en la cesión de un punto de atraque, formalizó contrato de puesto de atraque con la apelada el día 1 de abril de 1.987, siéndole asignado el antes indicado el día 21 de abril de 1.990, estipulándose que por el concepto de tarifa de Servicios Comunes y para contribuir al mantenimiento de los gastos y costes de servicios del Puerto, el usuario en exclusiva abonaría a partir de tal mes la cantidad de 5.250 ptas., de conformidad con las tarifas aprobadas por la Junta de Andalucía, en el Reglamento de explotación y Tarifa del Puerto Deportivo Aguadulce. Tales recibos fueron abonados por el apelante según le eran presentados hasta el mes de Marzo de 1.996, hasta Septiembre de 1.997, periodo que es objeto de reclamación. Impago que el mismo reconoce.

En consecuencia de acuerdo con lo estipulado y con lo dispuesto en el indicado Reglamento de 16 de Enero de 1.990 el hoy apelante deberá hacer frente al pago de los recibos impagados y girados con arreglo a las indicadas tarifas en el fijadas mientras las mismas estén vigentes, pese a la discrepancia que frente a las mismas pueda mantener por considerarlas excesivas o inadecuadas o en pretensión de modificación del régimen administrativo por el que viene siguiéndose en concesión del indicado Puerto Deportivo.

Del contenido de los arts. 54, 55, 56 y 60 del indicado Reglamento ya citado de 16 de enero de 1.990, se desprende el régimen aplicable respecto de las tarifas exigibles por la concesión del punto de atraque y su exigibilidad conforme a sus arts. 17.d), en relación con los arts. 1.089, 1-255, 1.258 y 1.278 del C.C.

El Juzgador "a quo", ante la prueba practicada obrante en autos y ante la procedencia de la estimación de la pretensión ejercitada dio lugar a la misma, debiendo ser mantenida por las razones expuestas.

QUINTO.- El hoy apelante dedujo demanda reconventional con las pretensiones contenidas en los cinco apartados contenidos en el suplico de la misma, que van destinadas a la modificación de los términos de la concesión administrativa de la explotación del puerto deportivo, tanto en su régimen jurídico, su administración y establecimiento de tarifas y cuotas.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en la normativa aplicable, la competencia sobre la pretensión de la recurrente viene atribuida a la jurisdicción contenciosa para el enjuiciamiento de la misma y ello en cuanto que la competencia exclusiva sobre

puertos deportivos la ostenta la Junta de Andalucía respecto de aquellos que estén en el litoral de dicha Comunidad Autónoma, en el que, evidentemente está el Puerto Deportivo de Aguadulce, S.A.

La competencia y titularidad sobre tales puertos le viene otorgada por R.D. 3137/1.983, de 25 de agosto y por la Ley 8/1.988, de 2 de abril, de Puertos Deportivos de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Hoy gestionados por la Empresa Pública Puertos de Andalucía, constituida por Dtº 126/92, de 14 de julio, BOJA 70/23 de julio, que es la que debe conocer, según establece su art. 8, las cuestiones objeto de la reconvencción. De ahí, que no sea competencia de la jurisdicción ordinaria civil lo pretendido, sino de aquella especial contenciosa administrativa.

Y es preciso, dejar constancia en cuanto a que la asignación del reparto de gastos imputables al punto de atraque asignado al recurrente, se lleve a cabo conforme al procedimiento establecido en la Ley 21 de Julio de 1960, de Propiedad Horizontal, según obra en la escritura de Declaración de obra Nueva y divisiones horizontales otorgada por "Puerto Deportivo Aguadulce, Sociedad Anónima, el día 12 de Marzo de 1990, folios 162 á 207, en el apartado B) Facultades de los Titulares de elementos de Uso Transferible se establece que las comunidades en cada uno de los edificios, se regirán por la Ley de 21 de Julio de 1960, disposiciones complementarias y Código Civil, que se aplicaran también por analogía en lo pertinente al resto de los elementos de la concesión, lo que indudablemente, aún cuando esta Sala es competente para el conocimiento de las normas de Derecho Privado, la amplitud del Suplico le haría quedar fuera de dicha competencia, en cuanto que tal pretensión modificaría el "status" de la concesión administrativa atribuida al Puerto Deportivo de Aguadulce S.A.", por superar aquella facultad conferida en tal escritura, relativa a la comunidades de concretos edificios.

Pero es que, además, seguido el procedimiento por los tramites del juicio de Cognición, el art. 46 del Dtº regulador del mismo, de 21 de noviembre de 1.952 establece que no se admitirá reconvencción por cuantía superior a 800.000 ptas., que puesto en relación con el contenido del art. 29, 6 del mismo que limita la cuantía litigiosa a dicha cantidad, pudiendo estar a la misma, si se renuncia al exceso, pero nunca podrá adecuarse la pretensión a dicho juicio de cognición cuanto ésta sea de cuantía indeterminada, pues el señalado por el art. 484, 3º de la L.E.C., para tal supuesto es el juicio de menor cuantía; mas aún cuando las peticiones objeto del suplico de la misma afectan desde el mismo régimen de la concesión administrativa y su relación con múltiples usuarios de las instalaciones como cesionarios de las mismas, hasta la propia elevación a escritura publica del documento de cesión, cuyo valor asciende, en este supuesto, a 1.250.000 mas IVA; sin desconocer la elevada cuantía a que en principio podría elevarse el contenido del apartado E) de dicho suplico, del que por afectar a terceros y en base a los propios pronunciamientos solicitados llevaría a un autentico dislate considerar que pudiera estimarse la renuncia con virtualidad suficiente a los efectos pretendidos.

Es por ello que si la incompetencia de jurisdicción ofreciera dudas, la inadecuación de procedimiento llevaría a la imposibilidad de conocer de la recusación por los motivos antes expuestos.

Consecuente con lo anterior el recurso ha de ser desestimado.

SEXTO.- Respecto a las costas procesales causadas en la alzada, se imponen a la parte recurrente de acuerdo con lo prevenido en el art. 736 de la LEC, en relación con el art. 62 del Dtº de 21 de noviembre de 1.952.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de pertinente y general aplicación.

FALLAMOS

Que con desestimación del recurso de apelación deducido contra la sentencia dictada con fecha 12 de febrero de 1.999, por el Illmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Almería en los autos sobre reclamación de cantidad y otros extremos de los que deriva la presente alzada, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS, el fallo de la misma y ello con expresa imposición de las costas procesales causadas en la alzada a la parte recurrente.

Devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia acompañados de certificación literal de la presente resolución a efectos de ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por los lltmos. Sres. Magistrados que la firman, estando celebrando Audiencia Pública el mismo día de su fecha, de todo lo cual doy fe.

SAP DE ALMERIA Nº 238/ 2000, de 18 de julio del 2000 (CIVIL)

RESUMEN:

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto sobre reclamación de cantidad derivada de uso de punto de atraque de puerto deportivo porque de acuerdo a la Jurisprudencia de la Audiencia no se puede aplicar la Ley de Propiedad Horizontal porque el régimen de tarifas portuarias está excluido de su ámbito. La revisión de tarifas excede del ámbito civil. Los titulares de concesiones están obligados a abonar las tarifas que fije la concesionaria.

SENTENCIA NUM. 283/00

=====
ILTMOS. SRES.
PRESIDENTE
D. JOSE MARÍA CONTRERAS APARICIO
MAGISTRADOS
Dª. SOLEDAD JIMENEZ DE CISNEROS Y CID.
D. FRANCISCO JAVIER CAMPOS AMARO
=====

En la Ciudad de Almería, dieciocho de Julio de dos mil.

La Sección Segunda de esta Audiencia Provincial, ha visto y oído en grado de apelación, rollo número 177 de 2000 los autos procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Roquetas de Mar seguidos con el número 165 de 1999 sobre reclamación de cantidad entre partes, de una como apelante Dª. M.ª, L. S. S. y, de otra como apelada cuyas demás circunstancias constan en la sentencia apelada, representada la primera por el Procurador D. José Soler Turmo, y dirigida por el Letrado D. Luis Durban Puig, y la segunda representada y dirigida por el Letrado D. Antonio García Paez.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia apelada como relación de trámites y antecedentes del procedimiento.

SEGUNDO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Roquetas de Mar en los referidos autos se dictó sentencia con fecha 25 de Febrero de 2000, cuyo Fallo dispone: "Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. García Gandia en nombre y representación de la mercantil de "PUERTO DEPORTIVO AGUADULCE, S.A." contra Dª. M.ª. L. S. S. , debo condenar y condeno a la demandada, Dª. M.ª. L. S. S. , a que abone a la actora la cantidad de noventa y seis mil seiscientos sesenta y cuatro ptas. (96.664), más los intereses legales correspondientes desde la fecha de interposición de la demanda y las costas procesales.- Que debo desestimar y desestimo la demanda reconventional interpuesta por el procurador, Sr. Soler Turmo, en nombre y representación de Dª. M.ª. L. S. S. contra la mercantil "PUERTO DEPORTIVO AGUADULCE, S.A." con imposición de costas a la actora reconventional".

TERCERO.- Contra la referida sentencia y por la representación procesal de la parte demandada se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, elevándose los autos a este Tribunal, donde se formó el rollo correspondiente, y seguido el recurso por sus trámites, se señaló día para votación y fallo, que tuvo lugar el 17 de Julio de 2000 solicitando el Letrado de la apelante en su

escrito la revocación de la sentencia impugnada y que se dicte otra por la que se desestime la demanda deducida frente a la misma, y el Letrado de la parte apelada su íntegra confirmación, con expresa imposición de las costas causadas en la alzada a la parte apelante.

CUARTO.- En la tramitación de ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

Y siendo Ponente la Ilma. Sra. D^a. S. J. C. y Cid.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia impugnada en cuanto no se opongan a lo que más tarde se dirá.

SEGUNDO.- Frente a la sentencia que estimando la demanda y desestimando la reconvencción condenaba a la Sra. S. al pago de 96.664 pesetas más intereses legales por uso del punto de atraque nº 261 del Puerto de Aguadulce, se alza la demandada y apelante solicitando revocación de dicha resolución y que se aplique la Ley de Propiedad Horizontal en la fijación de la tarifa por cesión del punto de atraque.

Es reiterada, constante y abundantísima la jurisprudencia de esta Audiencia Provincial en sus dos Secciones acerca de la inaplicabilidad de la Ley de Propiedad Horizontal (SAP 19 noviembre 1998, 26 febrero 1999, 8 Febrero 1998) de 1960 al régimen de tarifas por utilización de servicios portuarios y si el Reglamento correspondiente administrativamente aprobado, pues el dominio público está excluida de su ámbito. Y ello es así porque a) la Ley de Propiedad Horizontal modifica y desarrolla los artículos 396 y ss. del Código Civil, que se refiere sólo y exclusivamente a supuestos de copropiedad privada (nótese que está dentro del Tit. II, Lib. II C. Civil); b) la propia Ley Hipotecaria, en su artículo 8 lo que hace es en regular en sus números 4 y 5 la posibilidad de inscripción del edificio (o conjunto de edificaciones) como un todo y al mismo tiempo cada piso, local o elemento individual con folio registral propio pero no prejuzga su régimen legal; c) la Ley 8/1.998, de 2 de noviembre de puertos deportivos de la CC.AA. de Andalucía, que desarrolla el artículo 13, punto 11 del Estatuto de Autonomía, establece en su artículo 3 que "los puertos deportivos, zonas portuarias de uso náutico deportivo y las instalaciones ligeras náutico deportivas constituyen bienes de dominio público, cuya titularidad corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía y que se destinan mediante explotación adecuada a la pretensión de servicios públicos". Y en su artículo 7 establece que le régimen general de las concesiones se ajustan a las normas que reglamentariamente se determinen, aplicándose subsidiariamente la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y su Reglamento.

Así pues, ninguna duda cabe sobre el sometimiento al derecho administrativo de la cuestión. Pero es que, además, en la propia inscripción se especifica que la "transmisión de los derechos que dimana del contrato, llevar aparejado inexorablemente para su validez, la asunción por los derechos de las obligaciones que impone el contrato y el Reglamento de Explotación y Tarifas...".

Y tampoco puede obviarse en este caso, como sucedía en los casos antes resuelto, "la propia asunción contractual de las tarifas en base a las que se reclama por el hoy apelante".

TERCERO.- La revisión de las tarifas que el apelante pretende por vía reconvenccional excede de la jurisdicción civil. Puerto Deportivo Aguadulce, es titular de una concesión administrativa para la construcción y explotación de las instalaciones en cuestión, sin que en ningún caso ostente título de dominio alguno. Dicha Entidad se rige por un Reglamento de Explotación y Tarifas aprobadas por la Junta de Andalucía.

En el referido reglamento entre otras disposiciones se contempla la obligación de los titulares de elementos de la concesión a abonar las tarifas que fije la concesionaria, expresándose en idénticos criterios el contrato de cesión aportado.

Al respecto de la interpretación del Reglamento que también pretende el recurrente según su escrito de apelación, el artículo 71 del propio Reglamento de Explotación y Tarifas por el que se rige Puerto Deportivo de Aguadulce, prevee en caso de dudas en la interpretación del Reglamento que sea la dirección del puerto y en su caso la Consejería de obras Públicas y Transportes, la que resuelve. Resulta inviable en esta jurisdicción la pretensión de la apelante.

Las contradicciones de la representación de la Sra. S. se hacen patentes pues si bien dice acatar el Reglamento en que se establece el Régimen de tarifas aplicables a los titulares de elementos de la concesión, sin embargo impugna las cuotas fijadas, y ello a pesar de que el artículo 59, 1 y 60 del Reglamento así lo permiten, fijando la actora unas tarifas que en ningún caso sobrepasan el máximo autorizado por la Administración.

Es por ello por lo que debe ser mantenida la resolución de instancia en cuanto a la falta de jurisdicción con respecto a la demanda reconvenional, no siendo la jurisdicción civil la competente.

CUARTO.- La elevación a publico del documento de cesión de uso del puerto de atraque, resulta calificada como de cuantía indeterminada, por lo que excediendo de los estrechos márgenes del juicio de cognición, ventilable en el procedimiento de menor cuantía según el artículo 484.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al que se remite la Juzgadora, en sus fundamentos que esta Sala hace propios, debiéndose estimar en este sentido la excepción de inadmisión procedimiento opuesto a la reconvenición.

Habiendo quedado acreditado la existencia de una deuda y en la cuantía reclamada debe estimarse la demanda como así lo hizo el Juzgador y confirmar la resolución recurrida en cuanto a la desestimación de la reconvenición.

Respecto a las costas. De conformidad con el artículo 736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede imponer las costas de esta alzada al apelante.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de pertinente y general aplicación.

FALLAMOS

Que con desestimación del recurso de apelación deducido contra la sentencia dictada con fecha 25 de Febrero de 2000 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Roquetas de Mar en los autos sobre reclamación de cantidad de los que deriva la presente alzada, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente la resolución impugnada, imponiendo al apelante las costas de esta alzada.

Devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia acompañados de certificación literal de la presente resolución a efectos de ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman, estando celebrando Audiencia Pública el mismo día de su fecha, de todo lo cual doy fe.

SAP DE BARCELONA Nº 734/ 2004, de 21 de noviembre d 2004 (CIVIL)

RESUMEN:

La Audiencia Provincial de Barcelona desestima el recurso de apelación del demandado sobre resolución de contrato de arrendamiento; la Sala señala que estamos ante un contrato de amarre, cuya regulación y alcance entra de lleno en la esfera del derecho privado y tiene su encaje dentro de los antecitados contratos atípicos, sin regulación específica, añadiendo la Sala que en el presente caso de la prueba practicada se acredita que el contrato se pactó por un periodo determinado de tiempo que ya ha expirado.

AUDIENCIA PROVINCIAL
DE
BARCELONA
SECCIÓN DECIMOTERCERA
ROLLO Nº 594/2004-C
PROCEDIMIENTO ORDINARIO NÚM. 437/2003
JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 4 MATARO
S E N T E N C I A Nº 734/2005

Ilmos. Sres.

D. JOAN CREMADES MORANT
D^a ISABEL CARRIEDO MOMPIN
D^a M^a ANGELS GOMIS MASQUÉ
D. FERNANDO UTRILLAS CARBONELL

En la ciudad de Barcelona, a veintiuno de noviembre de dos mil cinco.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimotercera de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario , número 437/03 seguidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Mataró a instancia de SIERRA DE MIAS SL , contra D/D^a. Alfredo; los cuales penden ante esta Superioridad, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia dictada en los mismos el día 23 de febrero de 2004, por el/la Juez del expresado Juzgado

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo estimando íntegramente la demanda interpuesta por SIERRA DE MIAS SL representada por el procurador Sr. Fábregas Agustí, contra D. Alfredo representado por la procuradora Sra. Tresserras Torrent debo DECLARAR y DECLARO que el contrato de arrendamiento de un amarre otorgado entre las partes, quedó rescindido por vencimiento del plazo el día 31 de diciembre de 2002, sin que el demandado ostente derecho de clase alguna para la ocupación de l amarre 17-09 de los de la Marina deportiva Port D'Aro, y que DEBO CONDENAR Y CONDENO al demandado a estar y pasar por esta declaración , con expresa imposición de las costas del presente procedimiento".

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria se opuso en tiempo y forma; elevándose las actuaciones a esta audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 21 de junio de 2005.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO , siendo ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a D/D^a. ISABEL CARRIEDO MOMPIN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estimó la demanda formulada por la entidad SIERRA DE MIAS S. L. y declaró que el contrato de amarre otorgado por las partes, quedó resuelto por vencimiento de su plazo en 31 de diciembre de 2002, sin que el demandado, D. Alfredo, ostente derecho alguno para la ocupación del amarre 17-09 de los de la Marina deportiva Port D'Aro, condenando a dicho demandado a estar y pasar por esta declaración y al pago de las costas de primera instancia. Frente a dicha resolución se ha alzado el antedicho demandado reproduciendo en su recurso la excepción de falta de legitimación activa de la actora y la improcedencia de la resolución contractual postulada y acogida por la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Alega el recurrente en su primer motivo del recurso la falta de acción así como derecho en la actora , fundándose no en la falta de personalidad de la demandante -que afecta a la forma- sino en la falta de acción, pues carece de razón y derecho para pedir lo que reclama, dado que aunque la meritada sociedad tiene la concesión administrativa de la explotación del puerto deportivo, por lo que se refiere al contrato litigioso la parte contratante fue Administració Port D'Aro S. L., siendo el letrado de esta sociedad quien en nombre y representación de la misma le notificó la finalización del contrato. El motivo no debe prosperar pues no sólo consta en autos que la actora como concesionaria de dicho puerto es la única responsable de su gestión y explotación (rt. 57 Llei de Ports de Catalunya de 17 de abril de 1998, habiendo delegado la administración de los servicios portuarios a la citada Administració Port D'Aro S. L. (art. 7 del Reglament particular d'explotació, gestió i policia de la Marina de Port D'Aro, sino que es evidente que de la propia actitud del recurrente al interponer contra la sociedad apelada demanda interdictal como titular de los derechos de explotación del puerto deportivo, entre los que se encuentra el amarre

17/09 , y que utiliza como administradora y gestora de parte de esos derechos, y entre ellos, el giro de los recibos del arrendamiento, a la antedicha entidad, se la reconocía derecho y acción en el objeto de su relación jurídica, por lo que no puede cuestionar ahora la legitimación tanto «ad processum» como «ad causam» de la demandante , pues es doctrina jurisprudencial reiterada (S.S.T.S. de 17 de mayo de 1934, 30 de junio de 1958, 22 de junio de 1974, 5 de octubre de 1987, 21 de julio de 1989 y 19 de marzo de 1992 entre otras) la de que «no puede impugnar la personalidad o legitimación de un litigante, quien dentro o fuera del pleito se la tenga reconocida».

TERCERO.- Por lo que se refiere al fondo del asunto , es de señalar que nuestro sistema contractual permite la conformación de contratos atípicos que son aquellos en los que la causa, entendida como función económico-social o práctica, no responde a un esquema objetivo específicamente previsto en la ley, de tal modo que, dentro de los límites en que se admite la libertad contractual (rt. 1255 CC, las partes pueden convenir a su antojo, mediante el concurso de voluntades sobre la cosa y causa del negocio (art. 1262, párr. primero , CC, la regulación de sus intereses. En el caso que nos ocupa es indudable que entre la actora y el demandado, media un contrato de amarre, cuya regulación y alcance entra de lleno en la esfera del derecho privado y tiene su encaje dentro de los antecitados contratos atípicos, sin regulación específica, cuya naturaleza debe inducirse de los actos que resulten acreditados en autos y de los derechos y obligaciones que para ambas partes se deriven de ellos. Pues bien , esto sentado se plantea el problema de la duración de dicho contrato de amarre, contrato que al ser verbal hace que la interpretación del mismo presente serias dificultades, derivadas precisamente de la contrapuesta postura en que las partes interesadas se encuentran, lo que obliga a acudir , conforme a las reglas que enseñan los arts. 1.281 y ss. del Código Civil, a los actos anteriores, coetáneos y posteriores a su celebración , así como, fundamentalmente, a lo probado en el pleito, y de la valoración conjunta de la prueba y en especial de los documentos aportados por la actora (folio 63) y por la propia parte demandada (folios 121, 122 y 123) se infiere que el contrato litigioso se pactó por el periodo del 22 de junio al 31 de diciembre de 2002, sin que la parte recurrente, haya destruido por prueba en contrario la realidad intrínseca de lo señalado en dichos documentos, y sin que pueda entrarse a valorar en esta litis las infracciones administrativas que el demandado imputa a la sociedad actora.

Procede , por todo lo expuesto, desestimar el recurso.

CUARTO.- Desestimándose el recurso deben imponerse al recurrente las costas de la apelación por imperativo legal.

F A L L A M O S

DESESTIMANDO el recurso de apelación formulado por la representación de D. Ifredo contra la entencia de fecha 23 de febrero de 2004, dictada en el procedimiento ordinario nº 437/03 del juzgado de Primera Instancia nº 4 de Mataró SE CONFIRMA dicha resolución con expresa imposición al recurrente de las costas de la apelación.

Y firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos , mandamos y firmamos.

Encontrándose la Ilma. Sra. Magistrada D^a. ISABEL CARRIEDO MOMPIN, de baja por enfermedad y en consecuencia impedida para firmar, habiendo asistido ella misma a la deliberación del asunto, redactado y votado esta resolución, procedo a firmar por ella de conformidad con el rt. 204-2 LEC

PUBLICACIÓN.- Barcelona, en la misma fecha. En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.

SAP DE BALEARES Nº 315/ 2005, de 13 de julio de 2005 (CIVIL)

RESUMEN:

Confirmación de la sentencia de primera instancia sobre reclamación de cantidad. La recurrente concesionaria del Puerto Deportivo reclama al demandado por unos trabajos realizados en su embarcación y por ocupación del barco de una mayor superficie que la recogida en el punto de amarre, y una suma por ocupación del varadero. Respecto de los trabajos de pintura en la embarcación, se ratifica lo dicho en la instancia, y la actora, como parte de la garantía, debió abonar el importe de la pintura antifouling, siendo improcedente la reclamación. El tratamiento de ósmosis se realizó en noviembre, por ello resta un período de medio año en el que se adelantarían las dos manos de antifouling, y que no tendría que soportar el consumidor. En cuanto a la suma del varadero, no hubo contrato por ello la demanda debería basarse en enriquecimiento injusto, en la cual implícitamente se funda. Falta de acreditación de que el uso de dos metros de eslora más suponga una redistribución del espacio.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00315/2005

SENTENCIA NUM 315

ILMOS SRS.

PRESIDENTE Actal.:

D. Mariano Zaforteza Fortuny.

MAGISTRADOS:

D. Mateo Ramón Homar.

D. Santiago Oliver Barceló.

Palma de Mallorca, a trece de julio de dos mil cinco.

VISTOS por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes

autos, Juicio de Ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número 1 de Inca, bajo el Número 313/02, Rollo de Sala Número 62/05, entre partes, de una como demandante apelante

Marine de Donaire, S.L., representado por el/la Procurador/a Sr./Sra. Alejandro Silvestre Benedicto

y defendido por el/la Letrado/a Sr./Sra. M^a del Mar Meliá Ros; y de otra como demandada apelado

D. Carlos, no personado en esta alzada y defendido por el/la Letrado/a Sr./Sra. Miguel Ripio Torres.

ES PONENTE el Ilmo. Sr. D. Mateo Ramón Homar

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo./a Sr./Sra. Magistrado-Juez, del Juzgado de Primera Instancia Número 1 de Inca en fecha 6 de septiembre de 2003, se dictó sentencia cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora D^a Juana María Serra en nombre y representación, de la entidad Marine de Donaire, S.L. contra D. Carlos, debo absolver y absuelvo al demandado de las pretensiones contra él formuladas. Que desestimando la demanda interpuesta por la Procurador D^a María Teresa Pérez Vicens en nombre y representación de D. Carlos contra la entidad Marine de Donaire, S.L., debo absolver y absuelvo al demandante-reconvenido de las pretensiones contra él formuladas, debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO.- Que contra la anterior sentencia y por la representación de la parte demandante, se interpuso recurso de apelación y seguido el recurso por sus trámites se celebró deliberación y votación en fecha 12 de julio del corriente año, quedando el recurso concluso para Sentencia.

TERCERO.- Que en la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en lo que no se opongan a los que siguen

PRIMERO.- En la demanda instauradora de esta litis, la entidad Marina de Bonaire SL, en su calidad de concesionaria del Puerto Deportivo sito en Bonaire (Alcudia), reclama a D. Carlos, en su calidad de titular de un motovelero "Freelance Hamble" NIB 102142 de 10,95 metros de eslora por 3,43 metros de manga, por tres conceptos. A) Unos trabajos en dicha embarcación por importe de 76.966 pesetas y finalizados el día 1 de octubre de 2.000 (folio 22), correspondientes como parte más esencial a dos manos de pintura de fondo con antifouling, y como aspecto menos relevante, el montar Zincs (unas 6.000 pesetas). B) Por ocupación de mayor superficie que la recogida en el puesto de amarre, esto es, en un amarre previsto para 9 metros de eslora ocupa 10,95, desde 14 de junio de 1.994, y que asciende a 834.100 pesetas. C) Deuda por ocupación del varadero desde 1 de enero de 2.001, hasta que se desaloje la embarcación. En julio de 2.002 por este concepto se adeudaban 8.704,45 euros.

El demandado solicita la desestimación de la demanda por considerar que la pintura antifouling se hallaba incluida en la garantía de una reparación anterior de ósmosis, y que debió pintarse en atención a una defectuosa reparación anterior; considera improcedente la reclamación por mayor eslora de la embarcación respecto del amarre por no hallarse prevista en la concesión ni tratarse de un precio autorizado por la Administración; y en cuanto al tercer concepto es imputable a la actora por ejercitar incorrectamente el derecho de retención de la embarcación. Asimismo ejercita demanda reconvenzional en solicitud de que sea entregada la motonave y que la actora le abone el importe de perjuicios desde octubre de 2.000 por no poder utilizar la embarcación al haber retenido dicha embarcación.

La sentencia de instancia desestima tanto la demanda inicial como la reconvenzional, en lo sustancial, por cuanto la pintura antifouling debe considerarse incluida en la reparación de la ósmosis, atendido el presupuesto inicial; la retención devendría improcedente; y por la utilización de mayor espacio, por falta de prueba de la tarifa que se aplica por este servicio, al no constar ni actualizada ni probada, ni reclamada con anterioridad.

Dicha resolución es impugnada únicamente por la parte actora, en solicitud de nueva sentencia estimatoria de la demanda inicial, con lo cual resta firme el pronunciamiento desestimatorio de la demanda reconvenzional, y esta alzada únicamente se referirá a la demanda inicial.

SEGUNDO.- En cuanto al primer aspecto, es objeto de controversia el determinar si la pintura antifouling forma parte de los trabajos necesarios para enmendar una anterior reparación insuficiente o incompleta de ósmosis. Es hecho concordado que el ahora demandado encargó a la actora una reparación en la embarcación por problemas de ósmosis en el año 1.994. Dicha reparación resultó deficiente y a finales de 1.999 fue varada la embarcación para completar la reparación, para lo cual la actora subcontrató a Astilleros Bennassar, abonando su importe la actora por cuanto correspondía a la garantía de los trabajos. Entre 1.995 y 1.998 el demandado procedió una vez al año a la varada de la embarcación para aplicar la aludida pintura, en alguna ocasión aplicada por el mismo demandado con sus familiares, en otras encargó la aplicación a la entidad actora.

Del conjunto de lo actuado se desprende que el tratamiento anti-ósmosis es de tipo laminar y previene los efectos de la humedad en la embarcación, y se realiza únicamente cuando surge este problema, es una operación compleja, que exige mucha duración por el secado, y con un coste que puede calificarse de elevado. El tratamiento antifouling es para evitar incrustaciones o adherencias que dificultarían notablemente la navegabilidad de la barca, y reviste una mayor sencillez, pues deben limpiarse el fondo de la embarcación una vez sacada del agua, y darle las dos manos de dicha pintura especial. Si la embarcación se halla en el mar, debe efectuarse anualmente, por lo general al inicio de la temporada veraniega, y no reviste ni la complejidad ni el coste de la operación anterior. Para efectuar dicho tratamiento de ósmosis debe retirarse en la zona afectada la pintura antifouling, y del mismo modo tras el mismo, aplicar nuevamente la pintura antifouling. Por lo tanto, nos hallamos con que tras la nueva reparación del defecto de la ósmosis, era necesario aplicar

nuevamente la pintura antifouling para poder navegar correctamente. Frente a ello la actora alega que de todos modos, aunque no se hubiese efectuado la reparación en garantía de la ósmosis, el demandado al inicio de la temporada veraniega hubiera debido varar nuevamente la embarcación para aplicar la pintura antifouling.

Con tales datos, la Sala ratifica la fundamentación de la sentencia de instancia, y considera que la actora, como parte de la garantía debió abonar el importe de la pintura antifouling, siendo improcedente la reclamación, en atención: A) En el presupuesto inicial de reparación de 14 de noviembre de 1.994 (folio 69), se recogía como uno de sus conceptos el de "finalmente se aplican dos capas de antifouling", lo cual debe entenderse como la parte final de la reparación una aplicado el tratamiento contra la ósmosis. Del mismo modo, habiendo resultado que el tratamiento inicial no fue completamente satisfactorio, y hubo de realizarse nuevamente, debe completarse con el antifouling. B) Por aplicación del alegado artículo 11.3 a) de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, el consumidor cuando se halla en periodo de garantía tiene derecho a la reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originados, incluidos los daños y perjuicios por ellos ocasionados, y éstos últimos, son que como consecuencia del nuevo tratamiento, debe rasarse la pintura antifouling, y nuevamente volver a ser dada una vez concluido el de la ósmosis. A parecidas conclusiones se llegaría con la aplicación del artículo 1.258 del CCi, puesto que si bien es evidente que en la hipótesis de no haberse producido el defecto el demandado lo habría aplicado como cada año entre los meses de mayo y julio, no puede olvidarse que dicho tratamiento de ósmosis se realizó en noviembre, con lo cual, resta un período de medio año en el que se adelantarían las dos manos de antifouling, y que no tendría que soportar el consumidor.

Es de reseñar que una parte muy poco relevante de la factura, como son los zincs, que no llega al 10% de la misma, no consta su relación con la garantía, con lo cual, en principio sería procedente la reclamación del mismo. No obstante, no se atenderá, puesto que en el escrito de interposición del recurso, ni se cita, presumiblemente por su escasa trascendencia cuantitativa., con lo cual atendido el principio dispositivo que rige en el procedimiento civil, debe desestimarse tal concepto, reiteramos, no reclamado en la alzada.

En consecuencia, procede desestimar el motivo A).

TERCERO.- En cuanto al motivo B), esto es, la ocupación de explanada, se halla en relación con el motivo anterior, y desestimado éste, nos hallamos con que el derecho de retención del artículo 1.600 del Código Civil aplicado por la entidad actora al demandado, deviene improcedente, pues se exigía un concepto improcedente por la pintura antifouling, aparte de alquiler, como más adelante se reseñará. Por tanto, procede desestimar dicho motivo del recurso.

CUARTO.- En el motivo C) se alude a una suma que tiene su origen en el hecho de que la embarcación del demandado tiene una eslora superior a la correspondiente al puesto de amarre en el que se hallaba atracado (al parecer propiedad de su familia política), de modo que ocuparía dos metros más de eslora. Ante tal situación fáctica, que es reconocida por la contraparte, siendo irrelevante a tales efectos el hecho de un cambio en el puesto de amarre, la entidad actora pretende percibir la suma de 604.476 pesetas, calculadas como si se le alquilase un puesto de amarre de dos metros de eslora. A tal efecto, la entidad recurrente alega la problemática producida por el hecho de que los usuarios cada vez compran embarcaciones más grandes, y la concesionaria efectúa una equidistribución de amarres, y cobre por el arrendamiento de amarres sacrificados o perdidos, y aplica las tarifas de alquiler, y así entre dos barcos, se "comen" un amarre titularidad de la concesionaria, y en caso de impago, ello provocaría un enriquecimiento injusto; que las tarifas fueron presentadas a la Consellería y aprobadas por Orden Ministerial de 5 de marzo de 1.981 y revisadas conforme a una fórmula polinómica; que la demandada debía haber acreditado su oposición; y la concesionaria no puede estar sin tarifas que aplicar.

Dicha pretensión debe desestimarse en atención a los siguientes argumentos: A) La ausencia de un contrato de arrendamiento entre las partes, ni siquiera de modo tácito, con lo cual, a falta de contrato, la demanda debería basarse en la doctrina del enriquecimiento injusto, en la cual implícitamente se funda. Falta de acreditación del hecho de que la utilización de dos metros de eslora más suponga una redistribución del espacio destinado a los puestos de amarre que quedan bajo la explotación de la

concesionaria del puerto deportivo, como fundamento de un posible enriquecimiento injusto. Tal hecho constitutivo de la pretensión procesal incumbe a la parte actora, quedando la duda sobre si tal redistribución ha llegado finalmente a producirse o ha pasado inadvertida para la Administración o simplemente ha supuesto una reducción parcial del espejo de mar disponible en la parte destinada presumiblemente a maniobra o espacio de seguridad entre embarcaciones. B) Dicho concepto no se halla previsto entre los precios objeto de la Orden Ministerial de 1.981, con lo cual difícilmente puede aplicarse la fórmula polinómica, y no nos consta una autorización de la Consellería de Medio Ambiente sobre este particular, ni tampoco una autorización de ésta a la ampliación de hecho de la longitud de los puestos de amarre en relación con la eslora de las embarcaciones y sobre la autorización inicial que fijaba la superficie de espejo de mar aprovechada por cada puesto. C) No cabe duda de que la concesionaria podía prohibir al demandado la colocación de una embarcación superior en eslora a la prevista en el puesto de amarre en el que se hallaba, y no obstante ello, lo permitió. En tal caso, conforme un principio de buena fe en la contratación, debía haber pactado con el titular el precio a abonar, y de no llegar a un acuerdo prohibir tal ocupación; pero lo que resulta inadmisibles atendido tal principio es no decir nada, no exigir la retirada, y cuando se produce una discrepancia por otro u otros motivos por el demandado, exigirles la suma que considera oportuna incluso de más de cinco años atrás, lo que constituye una represalia por no querer abonar tal factura o por otros motivos distintos irrelevantes a los efectos que nos ocupan. Ciertamente se exigió en el año 1.994 en forma verbal, pero al no atenderse se dejó sin efecto, y supone de hecho una tolerancia a una situación fáctica que la concesionaria pudo solucionar prohibiendo el amarre de dicha embarcación en el indicado lugar. Asimismo, aunque las declaraciones testificales sean contradictorias entre sí, queda la duda de si dicho "alquiler" es abonado por los demás titulares de puestos de amarre, y se exige con criterios objetivos e igualitarios a todos dichos titulares; o, por el contrario, sólo es exigido a amarres en concepto de alquiler, como indica un testigo presentado por el demandado.

Ante tal conjunto de datos, procede desestimar dicho motivo del recurso, y con él la apelación en su integridad.

QUINTO.- Con respecto a las costas, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 398 de la L.E.C., procede imponer las de esta alzada a la parte apelante, al ser la sentencia confirmatoria de la de primera instancia.

FALLAMOS

1) QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el RECURSO DE APELACION interpuesto por el Procurador d. Alejandro Silvestre Benedicto, en nombre y representación de Marina de Donaire SL, contra la sentencia de fecha 6 de septiembre de 2.003, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Inca, en los autos de juicio ordinario, de los que trae causa el presente rollo.

2) DEBEMOS CONFIRMAR íntegramente dicha resolución.

3) Se imponen las costas de esta alzada a la parte apelante.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de la Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretaria certifico.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

STS de 20 febrero de 1999 (CIVIL)

RESUMEN:

Los clubs náuticos sólo quedan obligados a facilitar el amarre a sus socios y no a la custodia de las embarcaciones. El supuesto analizado consiste en una reclamación de indemnización por el propietario de una embarcación que sufrió un incendio estando amarrada en el Club Marítimo de Barcelona. La sentencia de la Sala 1ª del TS de 20 de febrero de 1999 considera que los servicios que presta el club consisten en el amarre a cambio del pago de una tarifa, tarifa que se debe pagar por la utilización del espacio y las instalaciones del puerto autónoma sin que se derive de ese la obligación de custodia de las embarcaciones amarradas.

En la Villa de Madrid, a veinte de febrero de mil novecientos noventa y nueve. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el presente recurso de casación, contra la sentencia dictada en grado de apelación, por la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario, de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Treinta y Siete de dicha capital, sobre reclamación de cantidad por daños y perjuicios; cuyo recurso ha sido interpuesto por «Banco Vitalicio de España, Cía. de Seguros y Reaseguros», representada por el Procurador de los Tribunales don Argimiro V.G.; siendo parte recurrida «Real Club Marítimo de Barcelona», representado por el Procurador de los Tribunales don Francisco, G.C.. En el que también fue parte don Enrique M. de J., no personado en estas actuaciones.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-El Procurador don N.R.C. en nombre y representación de «Banco Vitalicio de España, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros» y de don Enrique M. de J., formuló ante el Juzgado de Primera Instancia Número Treinta y Siete de los de Barcelona, demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra «Real Club Marítimo de Barcelona», sobre reclamación de cantidad por daños y perjuicios, alegó los hechos y fundamentos de derecho que constan en autos y terminó suplicando en su día se dicte sentencia declarando la responsabilidad del demandado «Real Club Marítimo de Barcelona» le condene al abono de 22.300.000 ptas. a «Banco Vitalicio de España», y de 5.200.000 ptas. a don Enrique M. de J., más los intereses legales y costas.

SEGUNDO.-Admitida la demanda y emplazados los demandados, se personó en autos el Procurador don Ramón Feixó Bergada en nombre y representación de «Real Club Marítimo de Barcelona», quien contestó a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que constan en autos con las excepciones de falta de legitimación activa por parte de la Compañía de Seguros, falta de legitimación activa por parte del señor Enrique M. de J. y falta de acción y de derecho por parte Enrique M. de J., y terminó suplicando en su día se dicte sentencia por la que se absuelva a su representada e imponga las costas legales a la actora.

TERCERO.-Convocadas las partes para comparecencia, se celebró en el día y hora señalados con los resultados que constan en autos. Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente y figura en los ramos de prueba. Unidas a los autos las pruebas practicadas, se entregaron los mismos a las partes para conclusiones.

CUARTO.-El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia dictó Sentencia en fecha siete de mayo de mil novecientos noventa y tres, cuyo fallo es el siguiente: «Que, estimando parcialmente la demanda interpuesta por el "Banco Vitalicio de España, SA" y don Enrique M. de J. contra el "Real Club Marítimo de Barcelona", debo condenar y condeno a éste a que pague al "Banco Vitalicio de España, SA" la

cantidad de veintidós millones trescientas mil pesetas y los intereses legales de dicha cantidad a contar desde la interpelación judicial; y a que pague a don Enrique M. de J. la cantidad de un millón ochenta y siete mil novecientos dos pesetas y sus intereses legales a contar desde la interpelación judicial; debo absolver y absuelvo al "Real Club Marítimo de Barcelona" del resto de pretensiones contra él deducidas. Sin expresa imposición de costas. Se advierte al Letrado don Luis Berenguer Comas que debe abstenerse de usar en sus escritos términos y calificaciones reñidos con las normas de corrección propias del Foro».

QUINTO.-Apelada la sentencia de primera instancia, la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó Sentencia en fecha nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro, cuya parte dispositiva a tenor literal es la siguiente: «Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el "Real Club Marítimo de Barcelona", contra la Sentencia dictada en fecha 7 de mayo de 1993, por el señor Juez del Juzgado de 1ª Instancia núm. 37 de Barcelona, en autos de juicio de menor cuantía núm. 1027/1990, se revoca ésta íntegramente, absolviéndose al demandado de los pedimentos formulados en la demanda por el "Banco Vitalicio de España" y don Enrique M. de J., imponiendo a los actores las costas de la primera instancia y sin hacer expresa imposición de las causadas en esta alzada. Se deja sin efecto el apercibimiento que efectúa la sentencia de instancia al Letrado redactor de la contestación a la demanda».

SEXTO.-El Procurador don A.V.G.en nombre y representación de «Banco Vitalicio de España, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros», interpuso recurso de casación con apoyo en los motivos siguientes: «I.-Por inaplicación de las normas de ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia por no aplicación de los artículos 1089 y 1258 del Código Civil, al amparo del párrafo 4º del art. 1692 de la LECiv. II.-Por inaplicación de las normas de ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia por no aplicación de los artículos 1094, 1758 y 1766 del Código Civil, al amparo del párrafo 4º del art. 1692 de la LECiv. III.- Por inaplicación de las normas de ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia por no aplicación de los artículos 1101, 1103, 1104 y 1106 del Código Civil, al amparo del párrafo 4º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

SEPTIMO.-Admitido el recurso por Auto de fecha veintiséis de junio de mil novecientos noventa y cinco, se entregó copia del escrito al recurrido, conforme al art. 1710.2 de la LECiv para que en el plazo de 20 días pudiera impugnarlo.

OCTAVO.-El Procurador don Francisco G.C., en nombre y representación de el «Real Club Marítimo de Barcelona», presentó escrito de impugnación al recurso de casación, y tras alegar los motivos que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia por la que declare no haber lugar al recurso, con imposición de las costas a la parte recurrente.

NOVENO.-No habiendo solicitado todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día tres de febrero del año en curso, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco M.M..

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: En relación con un incendio ocurrido en la embarcación deportiva llamada A. y en relación también con la sustracción, coetánea o posterior al incendio, de diversos aparatos y elementos de dicha embarcación, la entidad mercantil Banco V. Compañía de Seguros y Reaseguros (en su calidad de aseguradora de la referida embarcación) y D. Enrique M. de J. (propietario de la misma) promovieron contra R. C. M. de Barcelona el juicio de menor cuantía del que este recurso dimana, en el que, ejercitando, acumuladas, sus respectivas acciones (Banco V., la de repetición de la indemnización pagada al asegurado; y D. Enrique M. de J., la reclamación del precio de los aparatos sustraídos y no cubiertos por el seguro), postularon se dicte sentencia por la que «declarando la responsabilidad del demandado R. C. M. de Barcelona le condene al abono de 22.300.000 ptas. a Banco V. Compañía de Seguros y Reaseguros, y de 5.200.000 ptas. a D. Enrique M. de J. más los intereses legales».

En dicho proceso, en su grado de apelación, la Secc. 11 de la AP Barcelona dictó S 9 Jun. 1994, por la que, revocando la de primera instancia, desestima totalmente la demanda y absuelve a la entidad demandada de todos los pedimentos de la misma.

Contra la referida sentencia de la Audiencia tan sólo la entidad demandante Banco V. Compañía de Seguros y Reaseguros ha interpuesto el presente recurso de casación, que articula a través de tres motivos, todos los cuales los incardina en el art. 1692.4 LEC por lo que en lo sucesivo, al examinar los mismos, ya no volveremos a hacer referencia a dicho extremo.

Segundo: Ante todo, hemos de dejar constatado que el codemandante D. Enrique M. de J. ha consentido (no recurrido en casación) la sentencia de la Audiencia, por lo que el pronunciamiento desestimatorio que dicha sentencia hace de la acción por él ejercitada ha de ser ya tenido por firme.

Tercero: La sentencia aquí recurrida basa su pronunciamiento desestimatorio de todos los pedimentos de la demanda en los razonamientos que, para la adecuada comprensión de la cuestión debatida y la posible resolución del presente recurso, nos vemos en la necesidad de transcribirlos literalmente y que dicen así: «Ha quedado probado: 1) que D. Enrique M. de J. es socio del R. C. M. de Barcelona; 2) que el 19 Sep. 1989, cuando estaba atracada en el R. C. M. de Barcelona, la embarcación A. se incendió, produciéndose el incendio, según certificación de la Comandancia de marina, f. 19, en la zona de la sala de máquinas, incendio que fue sofocado a la media hora por los bomberos; 3) que entre los servicios que el club presta a los asociados, está el de poder amarrar su embarcación en los palangres del club para lo cual debe el socio presentar una solicitud, condicionándose la concesión a la disponibilidad de espacio. La utilización del amarre conlleva la obligatoriedad de pagar una tarifa, tarifa G-5 de embarcaciones deportivas y de recreo que ha de hacerse efectiva al Puerto Autónomo de Barcelona y que se devenga, según certificación de este organismo f. 397 a 400, por su utilización por las embarcaciones deportivas o de recreo y por sus tripulantes y pasajeros, de las aguas del puerto y sus instalaciones de balizamiento, de las ayudas a la navegación, dársenas, zonas de fondeo, servicios generales de policía y en su caso de las instalaciones de amarre y atraque en muelles o pantalanes.

La obligatoriedad de la tarifa de los usuarios de los palangres del R. C. M. de Barcelona deriva de que sus instalaciones están dentro del recinto del Puerto Autónomo de Barcelona, y sus bases se determinan por el espacio que ocupe la embarcación y el tiempo de permanencia en el atraque. No puede mantenerse el razonamiento del Sr. juez de instancia de que del hecho de que el R. C. M. de Barcelona tuviese en sus instalaciones un marinero haciendo rondas se deriva un servicio de custodia y que si éste se presta de forma insuficiente debe derivarse responsabilidad al Club. El que exista un marinero haciendo rondas, no supone que el Club tenga obligación de mantener un servicio de vigilancia de los buques amarrados, Servicio de vigilancia que se describe entre los que debe prestar el club a los usuarios de los palangres, que únicamente son los propios de la actividad de navegación, ayuda a las operaciones de salida y atraque, de grúa para izar la embarcación, de remolque, de limpieza, y de servicio de agua y corriente eléctrica. Tampoco el pago de la tarifa G-5, según las normas que la regulan, da derecho a más vigilancia que la general que presta el puerto Autónomo de Barcelona, que excluye según estas normas la atribución de responsabilidad, respecto de la integridad de los barcos y sus contenidos. Reconoció D. Enrique M. de J. el documento que obra al f. 180, posición 3.ª, solicitud de amarre, en el que consta que aceptaba las normas dictadas por el Club para regular el amarre de las embarcaciones en los palangres, normas que figuran en el Regl. de Palangres, cuyo art. 13 especifica que el amarre de las embarcaciones será sin ningún tipo de responsabilidad por parte del club por cualquier tipo de siniestro, avería, pérdida o sustracción. No puede aceptarse que el Club tenga obligación de custodiar las embarcaciones, como afirma el actor. Las obligaciones, art. 1089 CC, nacen de la Ley, de los contratos y quasi contratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, y en el presente supuesto, no aparece que para el Club, surja alguna obligación exigible como no sea la de prestar los servicios que ofrece, entre los que no está el de vigilancia de las embarcaciones. No obtiene el club lucro, por la utilización por parte de los socios de los amarres, ni puede conceptuarse en modo alguno su utilización previa autorización del club, como un contrato de depósito. El que el Club contraiga con los socios una obligación de custodiar las embarcaciones, por el hecho de facilitarles los amarres, ni consta en los estatutos del Club, ni en el Regl. de Palangres. Ni tampoco puede apreciarse descontrol en el acceso a las instalaciones

del club, el perito Sr. V., que elaboró para Banco V. Compañía de Seguros y Reaseguros, el informe que obra a los f. 20 a 39, manifestó que la separación de las instalaciones del R. C. M. de Barcelona, del resto de la zona portuaria, la constituía una verja de acero con puntas hacia el mar y el resto se encontraba cercado por una pared de más de 2 m de altura, obstáculos disuasorios de la entrada descontrolada. En consecuencia, debe apreciarse que no es, en modo alguno, responsable el apelante de los daños sufridos por el barco A., propiedad del actor D. Enrique M. de J., y que aseguraba el Banco V. Compañía de Seguros y Reaseguros, ni tampoco por la sustracción de objetos del mismo, denunciada por D. Enrique M. de J. en fecha 5 Oct. 1989, en la comisaría del puerto de Barcelona, debe por ello revocarse la sentencia impugnada, absolviendo al demandado de los pedimentos contenidos en la demanda, con imposición a los actores de las costas causadas en la primera instancia» (fundamento jurídico segundo de la sentencia aquí recurrida).

Cuarto: En el motivo primero se denuncia «inaplicación de los arts. 1089 y 1258 CC» y en su extenso y difuso alegato, que lo dedica a confrontar los razonamientos de la sentencia de primera instancia con los de la aquí recurrida y a tratar de hacer una nueva valoración de la prueba practicada en el proceso, la entidad recurrente viene a sostener, en esencia, que el demandado R. C. M. de Barcelona tiene la obligación de custodiar cada una de las embarcaciones que se encuentran amarradas dentro de sus instalaciones, como lo evidencia el hecho, parece querer decir, de que tiene un marinero dedicado al servicio de vigilancia de sus dependencias.

Después de patentizar que la única sentencia que se recurre en casación es la dictada por la Audiencia en grado de apelación, por lo que huelga toda referencia a los razonamientos de la de primera instancia para confrontarlos con los de aquélla, el expresado motivo ha de ser desestimado, ya que la sentencia recurrida declara probado, y aquí ha de ser mantenido incólume, al no haberse articulado ningún medio impugnatorio adecuado para desvirtuarlo, que el demandado R. C. M. de Barcelona solamente se obliga a facilitar a sus socios el amarre de sus respectivas embarcaciones en la zona del puerto correspondiente a dicho Club, sin que el hecho de que tenga un marinero adscrito a la vigilancia de sus dependencias entrañe deber alguno de custodia de cada una de las embarcaciones allí amarradas (lo que incumbe exclusivamente a sus respectivos propietarios o armadores), ni entrañe responsabilidad alguna para el Club cualquier contingencia que pueda ocurrir en dichas embarcaciones, ya que el art. 13 Regl. de Palangres establece expresa y categóricamente que «el amarre de las embarcaciones será siempre sin ninguna responsabilidad por parte del Club, ya sea por cualquier tipo de siniestros, avería, pérdida o sustracción».

Quinto: Aunque denunciando ahora «inaplicación de los arts. 1094, 1758 y 1766 CC», la recurrente vuelve a insistir, en el motivo segundo, en que el demandado R. C. M. de Barcelona tenía la obligación de custodia de las embarcaciones amarradas en la zona del puerto correspondiente a dicho Club.

El expresado motivo también ha de ser desestimado, ya que, por un lado, no aparece probada la existencia de contrato de depósito alguno entre el demandado R. C. M. de Barcelona y sus socios y, a la vez, propietarios de las embarcaciones amarradas en la zona del puerto correspondiente a dicho Club (si es que a ello quiere referirse la recurrente, al denunciar, como supuestamente infringidos los arts. 1758 y 1766 CC, aunque en todo el alegato del motivo no hace la más leve alusión a la existencia de contrato de depósito alguno), y, por otro lado, como ya hemos dicho al desestimar el motivo primero y aquí nos vemos forzados a repetir, el demandado R. C. M. de Barcelona se limita a facilitar a sus socios el amarre de sus respectivas embarcaciones en la zona del puerto a él correspondiente, pero no asume obligación alguna de custodia de todas y cada una de dichas embarcaciones.

Sexto: En el motivo tercero se denuncia «inaplicación de los arts. 1101, 1103, 1104 y 1106 CC» y en su alegato sostiene la recurrente, en esencia, que si el demandado R. C. M. de Barcelona tenía la obligación de custodiar las embarcaciones allí amarradas, ha de responder de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de dicha obligación.

El expresado motivo, con el que la recurrente se limita a hacer supuesto de la cuestión, al pretender partir de un soporte fáctico distinto del que la sentencia recurrida declara probado, ha de ser también desestimado, por la simple y elemental

razón, que nos vemos forzados a repetirla por tercera vez, de que aparece probado que el demandado R. C. M. de Barcelona no tenía contraída obligación alguna de custodia de todas y cada una de las embarcaciones amarradas en la zona del puerto correspondiente a dicho Club, por lo que, evidentemente, no puede ser responsabilizado por el supuesto incumplimiento de una obligación para él inexistente. Séptimo: El decaimiento de los tres motivos aducidos ha de llevar aparejada la desestimación del recurso, con expresa imposición de las costas del mismo a la entidad recurrente y sin que haya lugar a acordar la pérdida del depósito, al no haber sido constituido el mismo, por no ser las sentencias de la instancia conformes de toda conformidad.

Fallamos: Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al presente recurso de casación, interpuesto por el Procurador D. Argimiro V.G., en nombre y representación de la entidad mercantil Banco V. Compañía de Seguros y Reaseguros, contra la S 9 Jun. 1994, dictada por la Secc. 11 de la AP Barcelona en el proceso a que este recurso se refiere (autos núm. 1027/1990 del JPI núm. 37 de dicha capital), con expresa imposición a la recurrente de las costas del presente recurso.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Sr. S.G.D.L.C.-.G.P.-Sr. M.M..

SAP DE BARCELONA Nº 694/2003, de 21 de octubre de 2003 (CIVIL)

RESUMEN:

La AP desestima la impugnación interpuesta por la representación de la parte actora. La Sala señala en sus fundamentos de derecho que el patrón es el responsable único de la valoración de si un punto de amarre concreto es seguro o no para su barco, ponderando bajo su responsabilidad las circunstancias del caso es más evidente que la responsabilidad del hundimiento no puede salir del ámbito de actuación del patrón del barco, ya que, como dicen ambos peritos, si se hubiera amarrado de proa, no se habría producido el daño.

AUDIENCIA PROVINCIAL
DE
BARCELONA
SECCION Cuarta
ROLLO Nº 14/2003
PROCEDIMIENTO ORDINARIO NÚM. 487/2001
JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 6 MATARÓ
S E N T E N C I A N ú m. 694/03

Ilmos. Sres.

D. VICENTE CONCA PEREZ
D^a. MERCEDES HERNANDEZ RUIZ OLALDE
D^a. AMPARO RIERA FIOL

En la ciudad de Barcelona, a veintiuno de octubre de dos mil tres.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario, número 487/2001 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 6 Mataró, a instancia de D/D^a. Luis Francisco Y D. Jose María , contra CLUB NAUTICO EL BALIS GRUPO,ASEG. SABADELL, AGENTE MONTADAS; SA; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por GRUPO ASEGURADOR SABADELL AGENTE MONTADAS, S.A. contra la Sentencia dictada en los mismos el día 30 de julio de 2002, por el/la Juez del expresado Juzgado.

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Javier en nombre y representación de Jose María Y Luis Francisco , contra CLUB NAUTICO EL BALIS Y GRUPO SABADELL ASEGURADOR representados por el Procurador Sr. Gonzalez de Molina, debo condenar y condeno a dichos demandados

a satisfacer de forma solidaria a la actora la cantidad de 15.025,30 euros cantidad que devengará el interés legal desde la fecha del siniestro hasta hoy, así como el interés que determina el artículo 576 de la LEC desde la fecha de la presente resolución hasta que la misma haya sido completamente ejecutada, sin hacer expresa imposición de costas."

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria se opuso en tiempo y forma; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 23 de septiembre de 2003.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a D/D^a. VICENTE CONCA PEREZ.

PRIMERO.- Los actores, D. Luis Francisco y D. Jose María demandan a Club Náutico El Balis y a su aseguradora la cantidad de 9.790.000 pesetas, importe de la embarcación de recreo Adonis, de su propiedad, que en la noche del 5 al 6 de noviembre de 2000 se hundió cuando estaba atracada en el amarre 726 de las instalaciones de la demandada. Alega la actora que tenían su barco en el amarre 357, pero que por problemas en el suministro eléctrico pidieron el cambio de amarre, ofreciéndoles la dirección del club el 726, trasladando la embarcación el día 5 expresado. Dice igualmente el actor en su demanda que ¿el Sr. Jose María , advirtiendo en esos momentos la inestabilidad del tiempo y la existencia de la carencia de cuerpo muerto donde acabar de amarrar bien la embarcación, comentó al contraamaestre (del puerto) de la necesidad de la creación de un largo de proa sujeta a un muerto para dar mayor estabilidad y protección a la nave asegurando de esta manera que en caso de mal tiempo la embarcación no golpease el muelle...manifestando el Sr. Benjamín (el contraamaestre) que estuvieran tranquilos que tal como se había amarrado era más que suficiente, añadiendo que no obstante, dentro de la semana entrante procedería a enviar a los buzos para que amarrasen una cadena al muerto...!. Finalmente, dicen los actores, en esa noche se desata una tormenta que hace chocar el barco contra el muelle produciéndose una vía de agua que provoca su hundimiento sin que nadie del puerto lo advirtiera ni hiciera nada por impedirlo.

La parte demandada se opone a la pretensión de los actores y señala que se le ofrecieron varias alternativas cuando pidieron cambiar de punto de amarre, eligiendo los actores el 726 por su amplitud y facilidad de acceso. **Añade que ambos actores tenían la oportuna titulación para dirigir el barco y que es de su exclusiva responsabilidad la decisión de atracar o no en el punto ofrecido. Finalmente, señala que los cabos no eran adecuados.**

El juez considera que las causas del hundimiento fueron dos, además del evidente mal estado de la mar: **a) inadecuación del amarre, que requería un cuarto punto de fijación, integrado por el muerto a que hacen referencia las partes; y b) la inadecuada forma en que se atracó la embarcación por parte de los actores. Por ello, reparte la responsabilidad al 50% entre ambas partes, tras reducir el valor de la embarcación, lo que motiva el recurso de ambas partes.**

SEGUNDO.- La parte demandada pide su absolución total, alegando: a) que la STS 20.2.99 exime de responsabilidad al club respecto de las incidencias que sufran los barcos en él atracados, negando la condición de contrato de depósito al amarre; b) que los actores eligieron el nuevo amarre, pudiendo seguir en el que tenían; c) que la forma de atraque fue incorrecta, pues si en vez de amarrarse de popa, se hubiera hecho de proa no se hubiera producido el accidente.

Lo primero que hay que concretar es **la normativa que regula la relación que nos ocupa, que no es otra que las normas generales del CC y el Reglamento de Explotación del puerto**, en el que se regula la relación jurídico privada existente entre el titular de la embarcación y el puerto, quedando fuera de nuestro ámbito de análisis las normas que regulan la concesión administrativa a favor del puerto. El artículo 60 de dicho Reglamento establece que la permanencia de las embarcaciones en el puerto será de cuenta y riesgo de sus titulares, y ante lo genérico de sus disposiciones en la materia, habremos de estar a las reglas generales del CC sobre responsabilidad contractual, y más concretamente al artículo 1101 y concordantes CC. La actora achaca al puerto, precisamente, una conducta negligente en el cumplimiento de sus

obligaciones, al no ofrecer un amarre lo suficientemente seguro y no prestar la necesaria vigilancia.

En orden al régimen jurídico de la relación analizada, la STS citada es lo suficientemente explícita como para delimitar aquél con seguridad. Dice la referida sentencia que no puede concebirse como un contrato de depósito y que la suerte de la embarcación es responsabilidad de su propietario, no del club. Incluso del hecho de que exista un vigilante no deriva el TS responsabilidad alguna para el club, pues no está concertado dicho servicio de forma que alcance al buen fin de la embarcación. Estas conclusiones son extrapolables al caso que nos ocupa y apuntan ya en el sentido de una sentencia absolutoria.

TERCERO.- Centrándonos más en nuestro caso, hay algunos puntos que debemos resaltar como fundamento de nuestra decisión. En primer lugar, dejar sentado que el patrón es el responsable único de la maniobra de amarre y del lugar y forma en que se hace. Esto no lo discute nadie y es una base de la que hay que partir para determinar las responsabilidades. Antes transcribimos un párrafo de la demanda en el que la actora relataba que antes de atracar en el nuevo punto de amarre, la misma se dio cuenta de las insuficiencias del mismo, que las puso de relieve al empleado del puerto y que éste le dijo que no había peligro. Pues bien, aunque los hechos hubieran ocurrido exactamente así, no podría discutirse la exclusiva responsabilidad del patrón de la embarcación que decidió amarrar allí, aunque tenía disponible el punto desde el que se cambiaba. Si, como él mismo dice, no consideraba seguro el nuevo amarre y se advertían señales de borrasca, era su exclusiva responsabilidad decidir donde atracaba, si en el nuevo punto o en el antiguo. Y decidió el nuevo, bajo su exclusiva responsabilidad.

Pero aún hay otro extremo, si cabe más relevante en orden a la determinación de responsabilidad que nos ocupa: ambos peritos coinciden en afirmar que si el barco se hubiera atracado de proa en vez de cómo se hizo, de popa, no se habría producido el hundimiento, con las mismas circunstancias de amarre que las que concurren. Y ello tiene una explicación clarísima, cual es la circunstancia de que en la popa de la embarcación se había adosado una plataforma para facilitar el baño y ampliar la superficie útil, que se hallaba sujeta al casco por una escuadra metálica, cuyo vértice inferior se encontraba por debajo de la línea de flotación. Al moverse la embarcación y golpear contra el muelle, esa escuadra metálica forzó un agujero en el casco, y al estar la misma situada por debajo de la línea de flotación, provocó la vía de agua que determinó su hundimiento.

Si antes decíamos que el patrón es el responsable único de la valoración de si un punto de amarre concreto es seguro o no para su barco, ponderando bajo su responsabilidad las circunstancias del caso, con lo que acabamos de exponer es todavía más evidente que la responsabilidad del hundimiento no puede salir del ámbito de actuación del patrón del barco, ya que, como dicen ambos peritos, si se hubiera amarrado de proa, no se habría producido el daño.

Ante lo expuesto, pierde toda relevancia causal la circunstancia de que el punto de amarre 726 contara o no con un cuarto punto de amarre: el patrón pudo no atracar allí si no lo consideraba seguro, y, en caso de hacerlo, debió hacerlo de forma adecuada. En este caso, no se habría producido el hundimiento, con lo que, evidentemente no se puede achacar relación alguna de causalidad a la ausencia de ese cuarto punto de amarre con un hundimiento que no se habría producido si se llega a atracar de proa.

La parte actora combate en su impugnación de la sentencia el hecho de que aunque se hubiere amarrado de proa se hubiera hundido igualmente la embarcación. Esta conclusión, sin embargo, no pasa de ser una simple afirmación de parte, sin fundamento alguno, ya que los dos peritos coinciden en afirmar lo contrario. En cuanto a la vigilancia del puerto, en ningún lugar se establece que esa vigilancia genérica de las instalaciones se extienda a lo que ocurre con cada uno de los barcos. Puede venir referida, por ejemplo y simplemente a controlar el acceso de personas al recinto portuario, etc. Lo que sí se establece con claridad en el Reglamento a que antes aludimos es que el barco es responsabilidad de su dueño.

La cuestión del valor de la embarcación, en el que insiste el impugnante, no exige pronunciamiento, dados los términos en que se resuelven los presentes recursos.

Consecuencia de todo lo expuesto es la estimación del recurso de la demandada y la desestimación del de la actora, con el consiguiente pronunciamiento en cuanto a las costas, tanto de esta alzada como de la primera instancia.

Vistos los preceptos aplicables,

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de CLUB NÁUTICO EL BALIS y SABADELL ASEGURADORA, SA frente a la sentencia dictada en el juicio ordinario nº 487/01 seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Mataró, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS dicha sentencia, y en su lugar dictamos la presente por la que desestimando la demanda interpuesta por D. Luis Francisco y D. Jose María debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los demandados de la reclamación de que paguen al actor la cantidad de CINCUENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y NUEVE EUROS CON NUEVE CÉNTIMOS, imponiendo a los actores las costas de la primera instancia, sin que haya lugar a pronunciamiento condenatorio respecto de las de esta alzada, por lo que cada parte pagará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Que desestimando la impugnación interpuesta por la representación de D. Luis Francisco y D. Jose María frente a la expresada sentencia, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha sentencia, con imposición al apelante de las costas de esta impugnación.

Notifíquese, y firme que sea devuélvanse los autos al Juzgado de origen con testimonio de esta sentencia para su ejecución y cumplimiento, y archívese la original. Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Barcelona, a .En este día , y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.

SAP DE GIRONA Nº 148/ 05, de 8 de marzo de 2005 (CIVIL)

RESUMEN:

La Audiencia Provincial de Gerona desestima el recurso de apelación del demandante sobre reclamación de cantidad; respecto a la vulneración del art.24 de la Constitución por error en la valoración de la prueba, la Sala señala que el error en la valoración de la prueba, siempre que la sentencia esté debidamente motivada, como ocurre en el presente caso, nunca puede producir violación de tal precepto constitucional, sino que la violación se produce respecto de las normas legales relativas a la carga y valoración de la prueba; la Sala señala que el sujeto que reclama la correspondiente indemnización por hechos ocasionados tanto en el ámbito contractual como extracontractual, deberá probar siempre el acto u omisión, que si es contractual se refiere al acto incumplidor, el daño y la relación de causalidad entre aquél y éste, y una vez probado, no será necesario que concurra culpa si nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad objetiva o se presume la misma, en los casos de responsabilidad por riesgo, correspondiendo al que realizó el acto o la omisión probar que actuó con total diligencia; en el presente caso, el actor no ha acreditado las causas del hundimiento del barco, por lo que no puede prosperar la acción ejercitada.

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION PRIMERA

GIRONA

APELACION CIVIL

Rollo nº: 45/2005

Autos: declarativo menor cuantía nº: 248/1999

Juzgado Primera Instancia 3 Blanes

SENTENCIA Nº 148/2005

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

Don Fernando Lacaba Sánchez

MAGISTRADOS

Don Fernando Ferrero Hidalgo

Don Carles Cruz Moratones

En Girona, ocho de abril de dos mil cinco.

VISTO, ante esta Sala el Rollo de apelación nº 45/2005, en el que ha sido partes apelantes BALOISE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., así como D. Víctor , no comparecido el primero en esta alzada y representado el segundo por el Procurador D. JOAQUIM SENDRA BLANXART, y dirigido por el Letrado D. JOSE DOMINGO,VALLS LLORET; y como parte apelada CLUB NÁUTICO CALA CANYELLES, representada por la Procuradora Dña. CARME EXPÓSITO RUBIO, y dirigida por el Letrado D. JAUME PRATS SÁNCHEZ; y también como parte apelada ZURICH CIA. DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., representada por el Procurador D. JOAN ROS CORNELL, y dirigida por la Letrada Dña. MANUELA VIGIOLA RECENA; siendo parte apelada no comparecida Flor .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el Juzgado Primera Instancia 3 Blanes, en los autos nº 248/1999, seguidos a instancias de BALOISE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., representada por el Procurador D. FRANCISCA PASCUAL SALA y bajo la dirección del Letrado D. LEYRE NAVARRO; así como a instancia de D. Víctor y Dña. Flor , representados por la procuradora Dña. MARIA DOLORS SOLER RIERA, bajo la dirección del Letrado D. JOSÉ DOMINGO VALLS LLORET contra CLUB NÁUTICO CALA CANYELLES, representado por la Procuradora Dña. MARIA DEL MAR RUIZ RUSCALLEDA, bajo la dirección del Letrado D. JAUME PRATS SÁNCHEZ; contra ZURICH SEGUROS Y REASEGUROS, representada por el Procurador D. FERRAN JANSSEN CASES, bajo la dirección del Letrada Dña. MANUELA VIGIOLA RECENA, se dictó sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "DECISIÓ: Desestimo la demanda interposada per BALOISE SEGUROS Y REASEGUROS representada per la procurador FRANCISCA PASCUAL SALA i defensada per l'advocat LEYRE NAVARRO contra CLUB NÀUTIC LES CANYELLES representada per la procurador MARIA DEL MAR RUIZ RUSCALLEDA i defensada per l'advocat JAUME PRATS SÁNCHEZ i ZURICH SEGUROS Y REASEGUROS representada per la procuradora FERRAN JANSSEN CASES i defensats per l'advocada MANUELA VIGIOLA RECENA, i absolc als demandats de totes les sol·licituts contingudes a la demanda principal, amb expressa imposició de ocstes causades a la part actora. Desestimo la demanda interposada per Flor i Víctor contra el CLUB NÀUTIC CALA CANYELLES i absolc al demandat de totes les sol·licituts contingudes a la demanda, amb expressa imposició de costes causades a la part actora."

SEGUNDO: La relacionada sentencia de fecha 17/11/2003, se recurrió en apelación por las partes demandantes BALOISE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. y Víctor y Flor , por cuyo motivo se elevaron los autos a esta Audiencia y se han seguido los demás trámites establecidos en la LEC.

TERCERO: En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTO siendo Ponente el lltmo. Sr. Magistrado D. Fernando Ferrero Hidalgo .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Se interpuso recurso de apelación por la entidad BALOISE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., que fue declarado desierto por auto del Juzgado de 19 de octubre de 2.004 y por D. Víctor y Dña. Flor , contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Blanes, de 17 de noviembre de 2.003, en la que se desestimó las demandas interpuestas por dichos recurrentes contra EL CLUB NAUTICO CALA CANYELLES y ZURICH CIA. DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. y en la que se reclamaba por la primera de las entidades la cantidad de 48.080,97 euros y por los segundos la cantidad de 22.363,55 euros, correspondiente a los daños y perjuicios sufridos por el hundimiento del barco de recreo, denominado "IVAN III",

propiedad de Dña. Flor y cuya culpa es imputada a dicho Club, respondiendo también Zurich, por ser la aseguradora de su responsabilidad civil.

TERCERO.- Empiezan alegando los recurrentes que no se considera acertada la sentencia ya que existe un claro error en la apreciación de la prueba, con lo que se estaría vulnerando el artículo 24 de la Constitución Española, siendo este el motivo del recurso de apelación. Y al respecto debe empezarse diciendo que el error en la valoración de la prueba, siempre que la sentencia esté debidamente motivada, como ocurre en el presente caso, nunca puede producir violación de tal precepto constitucional, sino que la violación se produce respecto de las normas legales relativas a la carga y valoración de la prueba.

A continuación, en la alegación tercera, los recurrentes desarrollan tal motivo de apelación. Sin embargo, no citan ni una sola prueba que demuestre la equivocación del Juzgador su valoración, ni tampoco mencionan diligencia probatoria alguna que demuestre que su tesis inculpatoria de la demandada ha quedado debidamente acreditada. En realidad, la mayor parte de tal alegación se centra en citar una serie de jurisprudencia sobre la carga de la prueba relativa a la culpa contractual y extracontractual, así como, respecto de la acumulación de acciones, que ninguna relevancia tiene para la resolución del recurso, pues la sentencia en ningún momento hace referencia a una indebida acumulación de acciones.

Sin embargo, antes de entrar a valorar la culpa de la demandada o, en su caso, la presunción de culpabilidad es necesario saber exactamente cual es la acción que se imputa al demandado y que tal acción es la causa del daño producido y por el que se reclama, pues la responsabilidad objetiva o cuasi objetiva, o la inversión de la carga de la prueba en materia de responsabilidad extracontractual, se refieren exclusivamente al elemento subjetivo o a la culpa, pero no a los otros elementos necesarios para que nazca la responsabilidad extracontractual, por lo que, siempre el sujeto que reclama la correspondiente indemnización por hechos ocasionados tanto en el ámbito contractual como extracontractual, deberá probar siempre el acto u omisión, que si es contractual se refiere al acto incumplidor, el daño y la relación de causalidad entre aquél y éste, y una vez probado, no será necesario que concurra culpa si nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad objetiva o se presume la misma, en los casos de responsabilidad por riesgo, correspondiendo al que realizó el acto o la omisión probar que actuó con total diligencia. Tal doctrina la resume con claridad el Tribunal Supremo en la sentencia de 16 de julio de 2003 al sostener que:

"La responsabilidad por culpa extracontractual requiere para su apreciación, la concurrencia de una acción u omisión objetivamente imputable al agente, la culpa o negligencia por parte de éste, la realidad del daño causado y el nexo o relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño causado. En cuanto a la necesidad de que se dé un nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido, dice la sentencia de 30 de abril de 1998, citada en la de 2 de marzo de 2001, que «como ha declarado esta Sala (sentencia de 22 de febrero de 1946 y otras posteriores) en el nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño ha de hacerse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo; queda así expresado que la causalidad, como en el caso debatido, es más bien un problema de imputación; esto es que los daños y perjuicios deriven o fueren ocasionados por un acto u omisión imputable a quienes se exige indemnización por culpa o negligencia y que tales daños y perjuicio resulten consecuencia necesaria del acto u omisión de que se hace dimanar». Por otra parte, la sentencia de 9 de octubre de 2000 dice que «el art. 1902 del Código Civil ha sufrido una evolución jurisprudencial acorde con la realidad social siempre cambiante (art. 3.1 del Código Civil) que, manteniendo un fondo de reproche culpabilístico, desplaza cada vez más la prueba de la culpa a la prueba del nexo causal ya que subsume en la causa del daño la existencia de culpa»; asimismo, tiene declarado esta Sala que «corresponde la carga de la prueba de la base fáctica (nexo causal), y por ende las consecuencias desfavorables de su falta, al demandante» y «en todo caso es preciso que se pruebe la existencia de nexo causal, correspondiendo la carga de la prueba al perjudicado que ejercita la acción» (sentencia de 6 de noviembre de 2001), citada en la de 23 de diciembre de 2002; «siempre será requisito ineludible la exigencia de una relación de causalidad entre la conducta activa o pasiva del demandado y el resultado dañoso producido, de tal modo que la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido

concretarse (sentencia de 3 de mayo de 1995 citada en la de 30 de octubre de 2002); "como ya ha declarado con anterioridad esta Sala la necesidad de una cumplida demostración del nexo referido, que haga patente la culpabilidad del agente en la producción del daño -que es lo que determina su obligación de repararlo- no puede quedar desvirtuado por una posible aplicación de la teoría del riesgo o por la inversión de la carga de la prueba, soluciones que responden a la interpretación actual de los arts. 1902 y 1903 del Código Civil en determinados supuestos, pues el cómo y el porqué se produjo el accidente siguen constituyendo elementos indispensables en la identificación de la causa eficiente del evento dañoso" (sentencia de 27 de diciembre de 2002)».

CUARTO.- Por lo tanto, ante de analizar si El Club Náutico demandado actuó con negligencia, será necesario saber cuales fueron las causas que provocaron su hundimiento, dando por supuesto los demandantes que tal hundimiento se produjo por una acción u omisión imputable a la demandada, sin mencionar en el recurso ninguna prueba que así lo acredite, a pesar de haberse practicado varias encaminadas a demostrar tal hecho básico de toda obligación de indemnizar. Solamente se hace una mera referencia al final del recurso a las fotografías del perito de la compañía Baloise, las manifestaciones del Sr. Víctor sobre las reparaciones realizadas, las cuales, obviamente, nula entidad probatoria tienen, y la declaración del Sr. Constantino sobre el consentimiento del amarre, que en definitiva ninguna relevancia tiene, como veremos a continuación.

Los recurrentes alegan que la dirección del Club Náutico estaba obligada a proporcionar a sus clientes los amarres adecuados en sus instalaciones. Ello no cabe duda que es cierto, pero tal obligación dependerá de las características del puerto, por lo que si éstas no permiten el atraque de un barco de unas determinadas características, no existe la obligación de proporcionarle un amarre. Así resulta, que el puerto que gestiona la demandada es un puerto de pequeñas dimensiones. El barco de los demandantes, si bien, a la vista de la prueba pericial podía amarrar en el puerto, no podía hacerlo en todas las zonas del mismo. Además resulta que las características del barco facilitadas no coinciden con la realidad, teniendo unas dimensiones mayores que las que constan en las especificaciones técnicas, según prueba pericial practicada y que el Sr. Víctor facilitó al Club. Por otro lado, debe señalarse que el barco de los demandantes era la primera vez que llegaba a puerto, no teniendo el Sr. Víctor asignado un amarre concreto, sino que le fue designado poco tiempo antes, tras la remisión de las características de la embarcación, que como hemos dicho no coinciden con la realidad.

Siguen diciendo los recurrentes que el amarre designado era por completo inadecuado para embarcaciones de la eslora de los demandantes, debido a que obligaba a los cabos de proa a quedar amarrados pique, esto es, a noventa grados respecto a la superficie del agua y que provocó una tensión superior a la que podían soportar, produciendo su rotura. A ello debe añadirse lo alegado en la demanda sobre las causas climatológicas que provocaron la rotura de uno de los cabos. Al respecto debe decirse que no se acredita que el amarre asignado fuera en principio inadecuado para las características de la embarcación y en atención a incidentes meteorológicos que pudieran existir, ni se acredita que hubiera otros amarres más adecuados y libres en el momento en el que el barco llegara al puerto. Parece que la inadecuación del amarre se encuentra en relación con la colocación de los cabos de proa, sin embargo, el perito Sr. Luis Pedro dictamina que "en el croquis adjunto, acotado, con medidas tomadas con auxilio de Buceador en el Puerto Deportivo de Canyelles se observa que el ángulo entre las amarras de proa y la horizontal es del orden de 40º y por consiguiente los cabos trabajaban correctamente". Por lo que esta primera causa no ha quedado debidamente acreditada.

Dicen también los recurrentes que los cabos suministrados por el puerto debían, en atención a la situación del muerto de fondo, ser de una resistencia mayor. Sin embargo y nuevamente dicho perito informó que "El diámetro de los cabos de amarre de 16 mm se considera así mismo correcto", por lo que, nuevamente este hecho no ha quedado debidamente acreditado, pues debe prevalecer la pericial practicada a lo largo del proceso, que la pericial de la parte demandante efectuada extraprocesalmente y cuyo perito se limitó a ratificarse en el dictamen (folios 557 y 561).

A todo ello debe añadirse que ni siquiera queda claro que se produjera la rotura de uno de los cabos que amarraba la proa. Y ello porque las condiciones atmosféricas no eran tan desfavorables como se pretendió hacer creer en las demandas. Así resulta que el Centro Meteorológico Territorial en Cataluña informó que "durante las última horas del día 17 de mayo de 1999 y las primeras horas del día 18, en la zona de cala Canyelles, el viento sopló con rachas máximas de fuera 5 de la escala de Beaufort. El estado de la mar fue de marejadilla, el día 17, aumentando a marejada el día 18. Estas condiciones de viento y mar, por sí solas, no suponen peligro para una embarcación en buen estado y adecuadamente patroneada, ya que no son condiciones meteorológicas extremas en esta costa" (folio 844). El perito Don. Luis Pedro se pronuncia en los mismos términos, concluyendo que "no parece por lógica atribuir a la meteorología el hundimiento de la embarcación". A todo lo anterior debe añadirse que tampoco queda demostrado que el espejo de popa golpeará continuamente contra las defensas de madera del puerto, pues nuevamente el perito informa que "aunque la hipótesis apuntada podría efectivamente provocar el hundimiento a nuestro entender, y tal como se explica en el extremo siguiente, no parece probable que la causa del hundimiento sea por golpeteo del espejo de popa contra las defensas de madera por rotura de un cabo de proa, ya que no se han detectado señales de tales golpeteos ni hay evidencia de la rotura previa de un cabo de proa, existiendo además otro cabo de proa". A tales pruebas debe añadirse la testifical de los pescadores que presenciaron el hundimiento, realizando manifestaciones notariales poco después del hundimiento y ratificándose en el periodo probatorio, declarando el Sr. Humberto que vio como se hundía lentamente sin golpear sobre los pantalanés, quedando varado en el fondo del puerto y que el hundimiento fue muy suave como si el barco se hubiese llenado de agua aumentando su calado, no presentando el mar dificultades para ninguno de los barcos amarrados en el puerto. En la prueba testifical añadió que el barco estaba amarrado con los cuatro cabos. El Sr. Carlos Ramón manifestó que a las 7:30 horas el barco estaba a flote y aparentemente bien y que poco después el Sr. Humberto le comunicó que se estaba hundiendo. El Sr. Fernando manifestó que los amarres de proa y popa del yate continuaban atados al barco. Por último, la denuncia administrativa que interpuso el Sr. Víctor contra la demandada fue archivada por el Departament de Política Territorial i Obres Públiques al no apreciar negligencia alguna.

En definitiva, a la vista de la prueba pericial, ninguna de las causas que los actores imputan a los demandados han quedado demostradas. El perito atribuye el hundimiento del barco al estado de conservación del barco al ser este muy deficiente y a que entrara el agua a través de los defectos de unión de tubos de escape, entradas de refrigeración, bocina, etc. que se fue acelerando al aumentar el calado a popa y sumergir las salidas de escape y correspondientes.

A la vista de dicha prueba, si no queda acreditado que el hundimiento sea debido a una acción u omisión del CLUB NÁUTICO CALA CANYELLES, sino que todos los indicios apuntan a que el hundimiento se produjo por el estado deficiente de la embarcación, difícilmente podremos entrar a presumir culpa alguna de la demandada, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes citada.

QUINTO.- Por todo lo dicho, procede desestimar el recurso interpuesto y de acuerdo con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer las costas del recurso al recurrente.

SEXTO.- En los procedimientos seguidos por razón de una reclamación de cantidad inferior a los 25 millones de pesetas, no se puede interponer recurso de casación, ni por interés casacional, según lo que ha venido reiterando el Tribunal Supremo en los autos de fechas 26.2.02, de 5.2.02 (tres de la misma fecha) y de 12.2.02 (siete de la misma fecha). Considera el Tribunal Supremo que las vías procesales del artículo 477.2 de la L.E.C. son distintas y excluyentes y, por este motivo, los asuntos por razón de la cuantía no pueden usar la vía del interés casacional (artículo 477.2.3) que queda reservada únicamente a los procedimientos seguidos por razón de la materia.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS:

DESESTIMAR el recurso de apelación formulados por BALOISE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. y D. Víctor y Dña. Flor contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 3 DE BLANES, en los autos de Declarativo de Menor

Cuantía N° 248/1999, con fecha 17/11/2003, y CONFIRMAR INTEGRAMENTE la misma, con imposición al apelante de las costas de esta alzada.

No procede interponer recurso alguno contra la presente resolución.

Librense testimonios de la presente resolución para su unión al Rollo de su razón y remisión al Juzgado de procedencia, junto con las actuaciones originales.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado - Ponente D. Fernando Ferrero Hidalgo , celebrando audiencia publica en el día de la fecha, de lo que certifico.