



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

**Transporte marítimo de mercancías y
narcotráfico.**

Trabajo de fin de grado.

4º Grado en Derecho de la Universidad de A Coruña

Curso 2017-2018

Autora: Laura Viña Bello

Tutor: Dr. José Manuel Calderón Carrero

ÍNDICE

ABREVIATURAS

ANTECEDENTES DE HECHO

I. INSCRIPCIÓN DEL BUQUE.

1. Aspectos generales.
2. Inscripción del buque en el Registro de Buques y Empresas Navieras
3. Inscripción del buque en el Registro Especial de Buques y Empresas Navieras de Canarias.
4. Inscripción del buque en el Registro de Bienes Muebles.
5. Conclusiones

II. CONTRATOS PARA EL TRANSPORTE DE MERCANCÍAS.

1. Contrato de transporte multimodal.
2. Contrato de fletamento para el transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque.
3. Contrato de transporte de mercancías por carretera.
4. Conclusiones

III. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL NAVIERO O PORTEADOR POR EL DAÑO A LAS MERCANCÍAS.

1. Régimen de responsabilidad del porteador.
2. Régimen de responsabilidad del naviero.
3. Elección del régimen aplicable.
4. Conclusiones

IV. DEBER DEL PORTEADOR.

1. Deber incumplido por el porteador por haber sido introducido un cargamento de droga sin su consentimiento ni el de su capitán.
2. Conclusiones

V. SANCIONES PENALES

1. Delito contra la salud pública.
2. Responsabilidad penal del Capitán del buque y de los demás responsables penales.
3. Conclusiones

VI. SEGURO MARÍTIMO DE MERCANCÍAS.

1. Seguro marítimo
2. Seguro marítimo de mercancías.
3. Consecuencias del hallazgo de la droga sobre una posible indemnización.
4. Conclusiones

VII. CONCLUSIONES FINALES

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Índice de abreviaturas

| | |
|---------|--|
| AP | Audiencia Provincial |
| Art. | Artículo |
| CC | Código Civil |
| CE | Constitución Española. |
| CEDH | Convenio Europeo de Derechos Humanos |
| CMR | Convenio de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera |
| CCo | Código de Comercio |
| CNUDM | Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar |
| CP | Código Penal |
| DEG | Derecho Especial de Giro |
| DGRN | Dirección General de los Registro y del Notariado |
| LCS | Ley de Contrato de Seguro |
| LNM | Ley de Navegación Marítima |
| LTM | Ley de unificación de reglas en los conocimientos de embarque en buques mercantes. |
| LTTM | Ley de Transporte Terrestre de Mercancías |
| LOTT | Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres |
| MdF | Ministerio de Fomento |
| REBECA | Registro Especial de Buques y Empresas Navieras de Canarias |
| RBEN | Registro de Buques y Empresas Navieras |
| RBM | Registro de Bienes Muebles |
| RDAb | Real Decreto sobre abanderamiento, matriculación de buques y registro marítimo. |
| RHV | Reglas de la Haya-Visby |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| TRB | Tonelaje de Registro Bruto |
| TRLPEMM | Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante |
| TS | Tribunal Supremo |
| UE | Unión Europea |

ANTECEDENTES DE HECHO

TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCIAS Y NARCOTRÁFICO

El buque Anastasia C con 20 años de antigüedad y pabellón español inscrito en el registro REBECA, partía con fecha del 9 de septiembre de 2017 de la terminal portuaria de contenedores Limón situada en Costa Rica. Su destino era el puerto de VIGO donde pretendía hacer la descarga del cargamento de fruta que transportaba.

Según reflejaba el correspondiente conocimiento de embarque, dicho cargamento se componía concretamente de: 15 mil kg de piña, 10 mil kg de coco y 35 mil kg de naranja procedente de la empresa Tufrutasur S.A.

En el contrato de transporte multimodal pactado entre Tufrutasur SA y Difrusur SL comprendía, tanto el transporte por mar mediante contrato de fletamento para transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, como el transporte por carretera de la mercancía expuesta. Del transporte de mercancía por mar se encargaría la naviera Navegando SA propietaria del buque, y por carretera la empresa Trans.Terras de Soneira SL.

Navegando SA, firma el conocimiento de embarque donde la carga de fruta solo ocupaba una parte de la capacidad del buque, que se corresponde con 10 contenedores refrigerados (Refeer 40'x8'x8'6) con un peso máximo de carga cada uno de 27.700 Kg. En el conocimiento de embarque se refleja correctamente todos los datos necesarios para el correspondiente transporte de la mercancía, así como: la identificación del cargador, porteador y consignatario. Siendo respectivamente cargador Tufrutamsur SA, porteador Navegando SA y consignatario Difrusur SL y acordando que el día de la entrega será el 15 de septiembre de 2017. Además, el cargador Tufrutasur contrata un seguro de mercancías por cuenta del consignatario de las mercancías Difrusur SL. Se refleja en la correspondiente póliza de seguro se trata de una cobertura para un único viaje de transporte de fruta. La compañía aseguradora de la carga es: Marseguritas.

La tarde del día 14 de septiembre de 2017, el buque Anastasia C circulaba a 60 millas de la costa de Finisterre, cuando a las 17:09h en cabina detectan que el barco está teniendo un problema en el casco debido al cual se ha producido una vía de agua en el interior de la nave.

Como consecuencia de la vía de agua abierta en el casco y debido al fuerte oleaje, el buque comenzó a escorar a babor. Esta escora inicial fue corregida lastrando sucesivamente los tanques de doble fondo 10 y 11 de estribor, pero a la vista de que escoraba de nuevo a babor, el Capitán: Don Alejandro L.M dio la orden a la tripulación de preparar el abandono del buque y dar aviso al salvamento marítimo sobre la situación. Decide, además, solicitar el refugio en el puerto de Brens situado a 7 millas también en la Costa da Morte.

A consecuencia de esto, gran parte de la mercancía que transportaba Anastasia C se encuentra en un estado de pérdida total que una vez atracado en puerto de refugio debería ser valorada por la correspondiente aseguradora a través del correspondiente peritaje.

Una vez en Brens, la policía durante un fondeo rutinario del barco incauta en uno de los muchos contenedores de fruta que transportaba el Anastasia C, la cantidad de 860kg de Cocaína oculta en el interior de piñas. Concretamente se trataba de 860 piñas perfectamente vaciadas y posteriormente rellenas con un cilindro compacto de un kg de cocaína y posteriormente recubierto y aislado con un baño de cera amarillenta. El valor

de mercado de la droga hubiera superado los 34.000.000 millones de euros. La operación es calificada por el comisario jefe de la Brigada Central de Estupefacientes de la Policía nacional “de gran importancia” puesto que es la más grande detectada en una ruta atlántica hasta el momento.

En ese momento, los agentes dan parte a la autoridad judicial y el capitán pasa a disposición judicial por haber transportado mercancía ilegal en el interior del barco que este capitaneaba. Negando el capitán rotundamente en todo momento, conocer la existencia de esta droga en el interior de la nave.

CUESTIONES:

1. Indicar las condiciones legales necesarias para el registro de buque y concretamente en el Rebeca.
2. Analizar los tipos de contratos de transporte que se llevan a cabo en este viaje para el transporte de mercancía.
3. Analizar los tipos de responsabilidad del naviero-porteador por pérdida o daños de la mercancía derivados de la vía de agua.
4. Analizar que deber ha incumplido el porteador, por la introducción en su buque, sin su consentimiento ni el de su capitán, de un contenedor con mercancía ilegal.
5. Determinar las sanciones penales correspondientes a los responsables del transporte del alijo de cocaína oculto y la responsabilidad penal del capitán por haber porteadado mercancía ilegal.
6. Analizar el tipo de seguro suscrito en relación con el transporte de mercancías y si el hecho de haber encontrado un contenedor con mercancía ilegal afecta a la posible indemnización por pérdida del resto de mercancía legal que transportaba el buque.

I. Inscripción del buque

I.1. Aspectos generales.

El buque es definido en el art. 56 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima¹, como todo vehículo con estructura y capacidad para navegar por el mar y para transportar personas o cosas, que cuente con cubierta corrida y de eslora igual o superior a veinticuatro metros.

El buque es, a su vez, un bien mueble registrable. Cada Estado establece sus propios requisitos para la inscripción del buque, así lo prevé la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de Montego Bay del 10 de diciembre de 1982², que en su art. 91 establece que cada Estado establecerá los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, para la inscripción en un registro de su territorio y para que tengan derecho a enarbolar su pabellón. La inscripción del buque es un Estado es importante puesto que rige el principio de jurisdicción exclusiva del Estado de pabellón, como así lo prevé el art. 92 CNUDM.

Los Estados, a la hora de llevar a cabo el registro de los buques, pueden seguir un doble sistema³. En primer lugar, pueden seguir un sistema registral unitario, que consiste en que los buques únicamente deben inscribirse en un registro que desplegará efectos jurídico-privados y efectos jurídico-públicos, este es el sistema que siguen Estados como Argentina a través del Registro Nacional de Buques de Argentina o Reino Unido mediante *el Registry of Shipping and Seamen*. En segundo lugar, pueden seguir un sistema registral dual, donde el buque debe inscribirse en dos registros, un registro administrativo que despliega efectos jurídico-privados y un registro jurídico que despliega efectos jurídico-públicos, este es el sistema que sigue el Derecho español. En España el registro de buques sigue un sistema de duplicidad registral y es obligatorio. Es decir, el buque debe estar inscrito en ambos registros, en el registro jurídico y, a su vez, en el registro administrativo.

Por un lado, existe un registro jurídico, el Registro de Bienes Muebles (en adelante RBM), relativo a las cuestiones jurídicas y públicas, este registro sustituyó en el año 2000 al Registro Mercantil⁴, y en él se inscribe la titularidad del buque, sus modificaciones y gravámenes. Por otro lado, existe un registro administrativo, el Registro de Buques y Empresas Navieras (en adelante RBEN), también llamado registro marítimo o registro de matrícula, se centra en cuestiones de publicidad de la propiedad y en los derechos reales que recaen sobre el buque, permite a la Administración realizar un control sobre los buques y las empresas marítimas.

Además de estos dos registros, en nuestro país tenemos los segundos registros, se constituye por el Registro Especial de Buques y Empresas Navieras de Canarias (en adelante REBECA). Estos segundos registros nacen como una reacción de los Estados frente a los pabellones de conveniencia. Los pabellones de conveniencia son Estados, habitualmente paraísos fiscales, que permiten la inscripción de los buques en su registro

¹ BOE núm. 180, de 25/07/2014, en adelante, LNM.

² DEL PINO DOMÍNGUEZ CABRERA, M.: *El registro de buques y otros vehículos de la navegación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 191 y 192.

³ BOE núm. 39, de 14 de febrero de 1997, en adelante CNUDM

⁴La disposición adicional única del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, BOE núm. 306, de 23 de diciembre de 1999, creó el Registro de Bienes Muebles y en él una Sección 1ª, la sección de buques y aeronaves.

sin la existencia de ninguna relación con el buque. La CNUDM, en su art. 91.1, establece la obligación de que entre el buque y el Estado que enarbola su pabellón debe existir una relación auténtica, y los pabellones de conveniencia incumplen esta obligación. Los pabellones de conveniencia suponen que al buque se le aplicará la legislación del Estado de pabellón que, en estos casos, es una normativa prácticamente inexistente, tanto en normativa laboral como en lo relativo a las inspecciones del buque. Los buques inscritos en pabellones de conveniencia compiten deslealmente, puesto que sus costes son inferiores. Y algunos países, como España, reaccionan creando los segundos registros, a los que se accede con requisitos inferiores a los previstos para acceder al registro general.

Cuando la LNM regula el registro de los buques distingue entre “registro” y “matrícula”⁵. El registro hace referencia a la sección de buques del RBM y su finalidad es la de aportar seguridad jurídica. Y la matrícula hace referencia al RBEN y su finalidad es permitir a la Administración un control de los buques y embarcaciones españolas (art. 65 LNM).

La inscripción del buque es obligatoria tanto en el RBM como en el RBEN, aunque, debe inscribirse con anterioridad en el RBEN. El art. 251 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante*⁶, alude a la obligatoriedad de la inscripción en el RBM, al establecer que la inscripción del buque en el RBEN no exime del cumplimiento de los deberes de inscripción en otros registros públicos que puedan existir.

1.2. Inscripción del buque en el Registro de Buques y Empresas Navieras

Los artefactos inscribibles en el RBEN, en virtud del art. 1 del Real Decreto 1027/1989, de 28 de julio, *sobre abanderamiento, matriculación de buques y registro marítimo*⁷, son todos los buques, embarcaciones y artefactos navales cualquiera que sea su procedencia, tonelaje o actividad. Por ello está caracterizado por su universalidad, porque los artefactos inscribibles son prácticamente todos.

Igualmente, se trata de un registro obligatorio, pues conforme al art. 6 RDAb, los titulares de los buques, embarcaciones o artefactos navales tienen la obligación de solicitar la matriculación. Conforme al art. 2 RDAb, los buques para que les sea aplicable la legislación española y poder enarbolar la bandera española, deben estar matriculados en uno de los Registros de Matrícula de Buques de las Jefaturas Provinciales de la Marina Mercante. Es decir, la inscripción en el registro marítimo supone el sometimiento a la legislación española.

El RBEN es un registro público de carácter administrativo⁸. En él se inscriben los buques abanderados en España y las empresas navieras españolas. Es un registro dependiente del Ministerio de Fomento (en adelante MdF).

La finalidad del RBEN se recoge en los arts. 14 y 3 RDAb y en ellos se establece que el objeto del registro es la matriculación de los buques abanderados en España, para así servir de instrumento de control de su identificación, características, titularidades y

⁵ GABALDÓN GARCÍA, J.L.: *Compendio de Derecho marítimo español: complementario al “Curso de Derecho marítimo”*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p.108.

⁶ BOE núm. 253, de 20 de octubre de 2011, en adelante, TRLPMM.

⁷ BOE núm. 194, de 15 de agosto de 1989, en adelante, RDAb.

⁸ ARROYO MARTÍNEZ, I.: *Compendio de Derecho Marítimo: (Ley 14-2014, de navegación marítima)*, Tecnos, Madrid, 2017, p.205.

modificaciones. El procedimiento de matrícula es un acto administrativo rogado, se inicia a instancia del titular del buque y tendrá que incluir la documentación recogida en los arts. 13 y ss. del RDAb. El procedimiento administrativo va a resolverse con un acto administrativo, que es la matrícula provisional, que adquiere la condición de definitiva con la inscripción del buque en el RBM.

Se establece en el art. 252 TRLPEMM que los buques registrados y abanderados en España adquirirán la nacionalidad española. A continuación, este artículo establece que podrán obtener el registro y abanderamiento de buques civiles, las personas físicas o jurídicas residentes o domiciliadas en España u otros Estados pertenecientes al Espacio Económico Europeo (en adelante EEE) siempre que designen un representante en España. Por lo tanto, el primer requisito para la inscripción del buque en el RBEN es el requisito del domicilio o de la residencia en un Estado del EEE. Es decir, en el caso concreto, si quien pidió la inscripción fue la persona jurídica Navegando S.A. es necesario que esta persona jurídica tenga su domicilio o residencia en un Estado del EEE. Al registro solo acceden buques que sean propiedad o estén en posesión de ciudadanos residentes en el EEE o de personas jurídicas con igual domicilio si tienen un representante en España.

En segundo lugar, el art. 253 TRLPEMM establece que el capitán y el primer oficial deben tener la nacionalidad de un estado miembro del EEE, salvo que se establezca por la Administración Marítima que esos empleos deben ser desempeñados por ciudadanos de nacionalidad española por implicar el ejercicio de prerrogativas de poder público que no representen una parte muy reducida de sus actividades. Es decir, es necesario que el capitán posea la nacionalidad de un estado miembro del EEE. Y, además, se establece que el resto de la dotación de los buques mercantes deberá ser española o de algún otro Estado miembro del Espacio Económico Europeo, al menos en su 50%.

El RBEN está compuesto por tres secciones⁹. En primer lugar, por los Registros de Matrícula de Buques, en ellos se registran buques, embarcaciones y artefactos navales, y el registro está integrado por nueve listas, el buque Anastasia C se integraría en la lista segunda puesto que ahí se inscriben los buques de construcción nacional o importados con arreglo a la legislación vigente que se dedique al transporte marítimo de pasajeros, de mercancías o de ambos, en el presente caso se trata de un buque que se dedica al transporte marítimo de mercancías. La inscripción del buque en el Registro de Matrícula precede a la inscripción en el Registro Central. En segundo lugar, por el Registro Central, es un registro único en todo el territorio español. Y, en tercer lugar, por el Registro de Empresas Marítimas, que es de ámbito estatal y se integra en la DGMM.

1.3. Inscripción del buque en el Registro Especial de Buques y Empresas Navieras de Canarias.

Existe en España, como mencionamos con anterioridad, un segundo registro, el REBECA, sujeto a un régimen diferenciado respecto al régimen ordinario. Este registro se creó en 1992¹⁰. Podría calificarse como un segundo registro ultraperiférico. Es un

⁹ ARROYO, MARTÍNEZ, I.: *Curso de Derecho Marítimo: (Ley 14-2014, de navegación marítima)*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2015, p.429.

¹⁰ La Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (BOE núm. 283, de 25 de noviembre de 1992), creó en su disposición adicional decimoquinta el Registro especial de buques y empresas navieras. La Exposición de Motivos en su apartado 3. b), f)) establecía que su finalidad es la de servir de instrumento para proporcionar un marco competitivo para la explotación de la flota mercante con

registro público y administrativo. Se trata de un registro especial, cuya regulación se encuentra en la disposición adicional decimosexta del TRLPEMM (en adelante, disp. adic. 16ª). Además, no se trata de un registro obligatorio como el RBEN o el RBM, es un registro opcional, donde se pueden inscribir los buques siempre que se reúnan los requisitos previstos en su regulación. Además, se trata de un registro dependiente del MdF, que es el competente para conceder la inscripción y la baja de los buques. Y, a diferencia del RBEN, no se trata de un registro universal, sino selectivo, ya que los buques tienen que cumplir una serie de requisitos para obtener la inscripción¹¹.

La inscripción de un buque en el REBECA, supone la baja inmediata en el RBEN (Disp. adic. 16ª.3.a. TRLPEMM). Para la inscripción en el REBECA los buques deben cumplir una serie de requisitos que aparecen previstos en la Disposición Adicional Decimosexta del TRLPEMM.

En primer lugar, deben ser buques civiles, puede tratarse de buques en construcción o ya construidos, además, debe tratarse de buques con un propósito mercantil. Los buques no pueden estar afectos a la defensa nacional. Se impide la inscripción de buques que desarrollen actividades pesqueras y de plataformas flotantes. Los buques deben tener un tamaño mínimo de 100 TRB.

En segundo lugar, podrán solicitar la inscripción las empresas navieras que tengan su centro efectivo de control en Canarias, o bien teniéndolo en España o en el extranjero cuenten con un establecimiento o representación permanente en Canarias. Es decir, exige tener el centro efectivo de control o un establecimiento o representación permanente en Canarias, por lo que permite inscribir buques pertenecientes a españoles o a extranjeros, puesto que no establece el requisito de la nacionalidad, sino el requisito de tener una representación permanente en las islas Canarias.

En tercer lugar, las empresas navieras que soliciten la inscripción deben tener la propiedad o la posesión del buque, bien mediante arrendamiento, *leasing* u otro título que justifique la gestión náutica y comercial del buque.

En cuarto lugar, si se trata de buques que proceden de otros registros, deberán acreditar el cumplimiento de las normas de seguridad establecidas en la legislación española y en los convenios internacionales. Es decir, deben cumplir las normas españolas de seguridad.

En quinto lugar, el titular debe acreditar el pago de los tributos de aduanas. Es decir, se establece una obligación adicional a los buques procedentes de otros Registros que soliciten su inscripción en el REBECA, estos buques deben justificar el pago de los tributos de aduanas, así como el cumplimiento de las normas de seguridad. Se contempla la posibilidad de inspección previa a su inscripción en las condiciones que establezca el MdF

En sexto lugar, se establece, de forma similar al art. 253.2 TRLPEMM respecto al RBEN, que el capitán y el primer oficial deberán ser nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea (en adelante, UE) o del EEE, salvo en los supuestos en que la Administración marítima establezca que deben desempeñar estos empleos ciudadanos de

pabellón español. Es un instrumento de conservación y aumento de la flota civil española frente a los pabellones de conveniencia, pero sin renunciar a las exigencias mínimas de seguridad.

¹¹ DEL PINO DOMÍNGUEZ CABRERA, M.: *El registro de buques y otros vehículos de la navegación*, op. cit. pp.254 y 255.

nacionalidad española por implicar el ejercicio habitual de prerrogativas de poder público que no representen una parte muy reducida de sus actividades.

En séptimo lugar, se establece que al menos el 50% de la dotación deberá ser española o de países comunitarios, de forma similar al art. 253.2 TRLPEMM, sin embargo, se diferencia de éste, en que esta circunstancia puede ser objeto de variación en caso de autorización expresa del MdF por circunstancias especiales, a fin de elevar el porcentaje de tripulación extracomunitaria. El MdF mediante autorización expresa puede elevar este porcentaje teniendo en cuenta circunstancias como la no disponibilidad de tripulantes de nacionalidad española o de otro Estado miembro de la UE, la existencia de razones de viabilidad económica del servicio de transporte, o cualquier otra causa que pudiera tener incidencia fundamental en la existencia del servicio.

En octavo lugar, se establece que antes de la matrícula del buque en el REBECA, el MdF debe fijar la tripulación mínima del mismo teniendo en cuenta criterios tasados. La resolución que adopte el MdF debe respetar las exigencias mínimas en materia de seguridad y navegación, así como los tratados internacionales suscritos por España. Para ello, será necesario que la empresa naviera presente la solicitud de inscripción de registro del buque en el REBECA.

En noveno lugar, se establece que las condiciones laborales y de seguridad social de los miembros de la tripulación extranjeros que se rijan por una legislación distinta de la española, deberán cumplir las condiciones mínimas exigidas en la legislación española o por la Organización Internacional del Trabajo

El régimen del REBECA permite el abanderamiento provisional de buques de pabellón extranjero en este registro, pero no contempla la posibilidad inversa, es decir, que buques inscritos en su registro puedan solicitar el abanderamiento provisional en el extranjero. Si un buque extranjero solicitara el abanderamiento provisional en el REBECA, no necesitaría presentar la certificación de baja en el registro nacional de origen.

Tanto la LNM como el TRLPEMM reconocen la nacionalidad española a los buques que se inscriban en el REBECA, y la legislación aplicable a estos buques será la española. Si un buque que estaba inscrito en el RBEN, se inscribe en el REBECA, causa baja del primero, pero seguirá siendo un buque con pabellón español.

Lo que diferencia realmente el RBEN y el REBECA son los derechos e incentivos fiscales, laborales y de seguridad social. Los beneficios de los buques matriculados en el REBECA, vienen regulados, en la disp. adic. 16ª TRLPEMM en lo relativo a la nacionalidad de sus tripulantes y en la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias¹², en cuanto a los beneficios fiscales y de seguridad social. Destacamos entre estos beneficios previstos en la disp. adic. 16ª que el 50% de la tripulación del buque puede ser de una nacionalidad distinta a la española o de un estado miembro del EEE cuando el MdF lo autorice expresamente y que se establece libertad de elección de la legislación laboral y de seguridad social aplicable a dicha parte de la tripulación. Y, entre los beneficios previstos en la Ley del Régimen Económico y Fiscal de Canarias, la exención del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; la exención del 50% en el IRPF de los tripulantes; la bonificación del 90% del Impuesto de Sociedades correspondiente a la explotación del buque; la exención del Impuesto Especial de determinados medios de transporte y la

¹² BOE núm. 161, de 07 de Julio de 1994.

bonificación del 90% del coste de la seguridad social de la tripulación. Por lo que, son evidentes los beneficios que supone la inscripción en el REBECA.

1.4. Inscripción del buque en el Registro de Bienes Muebles.

El registro jurídico en España está representado por el Registro de Bienes Muebles (RBM). La inscripción del buque en el RBM es obligatoria (art. 69.1 LNM y 147 RRM de 1956). Se trata de un registro de titularidades y gravámenes sobre bienes muebles, y sus inscripciones surten efectos sobre la propiedad y demás derechos que recaigan sobre el buque. Se trata de un registro jurídico, puesto que lo que se publica en él surte efectos y es oponible frente a terceros.

La LNM en su art. 67, establece que el RBM se regirá por lo dispuesto en ella, su reglamento de desarrollo y, en todo lo no previsto por la Ley y Reglamento Hipotecarios. Esta normativa se completa con las instrucciones de la DGRN. Hasta que no se desarrolle un Reglamento del RBM resulta aplicable el RRM de 1956. El art. 146 RRM considera como buque, no solo a las embarcaciones destinadas a la navegación sino también a los aparatos flotantes de todo tipo. Por lo tanto, lo que se exige para ser considerado buque es cumplir el requisito de la flotabilidad. Se trata de un concepto muy amplio.

Los buques se inscriben en la sección primera del RBM, que sustituye al registro mercantil. El RBM está condicionado al abanderamiento y matriculación previa en el RBEN, y limitado a los buques de nacionalidad española de carácter mercantil.

El art. 69 LNM establece que deberán inscribirse en la sección de buques del RBM, todos los buques, embarcaciones y artefactos navales abanderados en España. Sin embargo, esta inscripción será potestativa para los buques, embarcaciones y artefactos de titularidad pública y para los de recreo o deportivos.

Se inscriben en este registro los actos y contratos relativos a la propiedad y demás derechos reales sobre los buques, también los gravámenes o limitaciones de disponer, así como los embargos judiciales o administrativos que recaigan sobre buques o embarcaciones, arrendamientos y aquellas otras situaciones jurídicas que se determinen reglamentariamente o se prevean en convenios internacionales o disposiciones especiales (art. 70 LNM).

1.5. Conclusiones

Por lo que, en conclusión, el buque Anastasia C es un bien mueble registrable. En España se sigue un sistema registral dual, por lo que, el buque debe inscribirse en un doble registro. En un registro administrativo, el REBECA o el RBEN y en un registro jurídico, el RBM. Para ser inscrito en el REBECA debe cumplir con los requisitos establecidos en la disposición adicional 16ª TRLPEDM. En caso de inscribirse en el RBEN, debería ser uno de los objetos inscribibles del art. 1 RDAb y cumplir los requisitos de los arts. 252 y 253 TRLPEDM. Los requisitos para la inscripción en el REBECA o en el RBEN son prácticamente idénticos, siendo la principal diferencia los beneficios fiscales y laborales que implica la inscripción en el REBECA. Además, el buque debe ser inscrito obligatoriamente en el RBM tal y como prevé el art. 251 TRLPEDM, y deberán ser inscritos los objetos inscribibles que menciona el art. 69 LNM.

II. CONTRATOS PARA EL TRANSPORTE DE MERCANCÍAS.

En el presente caso para el transporte de mercancías se concluyen distintos tipos de contratos. En primer lugar, se concluye un contrato de transporte multimodal entre Tufutasur S.A y Difrusur S.L, este contrato es de naturaleza multimodal puesto que se desarrolla parte por vía marítima y parte por carretera.

El transporte multimodal es aquel que supone la utilización de varios medios de transporte. En el caso analizado, se compone de un tramo de transporte terrestre por carretera, para el que se concierta un contrato de transporte terrestre de mercancías por carretera y de un tramo de transporte marítimo, para el cual se concierta un contrato de fletamento para el transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque.

II.1. Contrato de transporte multimodal.

Esta modalidad de transporte carece de regulación propia, puesto que se trata de un contrato atípico. No existe una ley específica que regule el contrato de transporte multimodal. El contrato de transporte multimodal se encuentra parcialmente regulado en la normativa reguladora del transporte terrestre, que contempla el transporte multimodal parcialmente terrestre en el art.68 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías¹³, y en el art. 28 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres¹⁴. Y, a su vez, también se encuentra parcialmente regulado en la normativa reguladora del transporte marítimo, en la LNM, que regula el transporte multimodal parcialmente marítimo en su art. 209. Este contrato también fue regulado en el Convenio de Naciones Unidas sobre el Transporte Internacional de Mercancías de 1980, pero éste no ha entrado en vigor.

La LNM regula el transporte multimodal en su art. 209 y solo se aplica a los transportes multimodales que cuentan con un tramo de transporte marítimo como sería el presente caso. Las normas de la LNM solo se aplican a la fase marítima del transporte, regulándose las demás fases por la normativa específica que corresponda siempre que tenga carácter imperativo. La LNM extiende su ámbito de aplicación a las fases de transporte cuya normativa sea dispositiva. Por lo tanto, en líneas generales, cada fase de transporte se regula por su propia normativa, y, en único transporte multimodal cada una de las fases del transporte se rigen por distintas regulaciones.

En el presente caso, normativa a aplicar sería la LNM puesto que nuestra jurisprudencia¹⁵, y nuestra legislación han optado por la vía del sistema de red –*network liability system*– que consiste en aplicar el régimen de responsabilidad que corresponde al tramo de transporte en el que se ha producido el hecho desencadenante de la responsabilidad. Este sistema supone que no es posible conocer el derecho aplicable hasta que se produce el incumplimiento, y eso produce una falta de seguridad jurídica. En el caso que analizamos, se aplicaría la LNM puesto que la Ley se aplica si la pérdida, el daño o el retraso tienen lugar en la fase marítima del transporte multimodal, y en este caso, la pérdida o el daño de estas mercancías se han producido en el tramo marítimo. Esto supone que el derecho aplicable va a variar según los modos de transporte que se utilicen, así como según su carácter interno o internacional.

¹³ BOE núm. 273, de 12 de noviembre de 2009; en adelante, LTTM,

¹⁴ BOE núm. 182, de 31 de julio de 1987, en adelante, LOTT.

¹⁵ SAP de Madrid de 17 de abril de 2009 (RJ 2009/258422), Aranzadi.

El contrato de transporte multimodal está caracterizado por la utilización de una pluralidad de modos de transporte. Sin embargo, como mencionamos anteriormente, tan solo se considera multimodal, a efectos de la LNM, aquel que consta de una fase marítima¹⁶.

La diferencia entre el transporte multimodal y el transporte sucesivo es que en el segundo no varían los modos de transporte, intervienen distintos porteadores bajo un único contrato, un conocimiento de embarque directo, pero es exclusivamente marítimo, mientras que en el transporte multimodal existen distintos tramos de transporte.

En el contrato de transporte multimodal no es necesaria la intervención de varios porteadores. Puede intervenir un único porteador que ejecute todos los tramos de transporte o pueden existir tanto porteadores como tramos de transporte se concluyan.

En el transporte multimodal existen dos clases de porteadores. Y, por ello, el art. 278 LNM distingue entre porteador contractual y porteador efectivo¹⁷. El porteador contractual es quien concierta el contrato frente al cargador y quien lo asume. Los porteadores efectivos son quienes efectivamente ejecutan los distintos tramos de transporte. Es posible que concurren ambas figuras, es decir, que el porteador contractual sea también el porteador efectivo que ejecuta el transporte. También puede ocurrir que el porteador contractual subcontrate a porteadores efectivos para la ejecución de las distintas fases del transporte multimodal. El porteador contractual se compromete frente al cargador a la realización del contrato de transporte, puede tratarse de un OTM, de un comisionista de transporte, de un transitario que ejecuta el contrato mediante la subcontratación de porteadores efectivo o del fletador de un buque que contrate con terceros el contrato de transporte de mercancías determinadas en régimen de conocimiento de embarque. Igualmente, también puede ser el porteador marítimo quien asuma el contrato de transporte multimodal frente al cargador y a la vez ejecuta la fase marítima. Es un supuesto frecuente que el porteador marítimo sea el porteador contractual y el porteador efectivo de la fase marítima. Podríamos considerar que el porteador contractual en el caso concreto sería Navegando S.A que a su vez es quien también figura como porteador en el conocimiento de embarque, por lo tanto, Navegando S.A, en el presente caso, sería el porteador contractual y a la vez uno de los dos porteadores efectivos, puesto que el otro porteador efectivo sería Trans. Terras de Soneira S.L. Y, consideramos que esto es así, porque es frecuente que en la práctica el porteador contractual coincida con el porteador marítimo, que constaría con medios propios para ejecutar efectivamente el transporte marítimo, pero carecería de medios para ejecutar efectivamente el transporte terrestre, que subcontrata. Podríamos también asentar esta afirmación en el conocimiento de embarque, puesto que en el conocimiento de embarque quien figura como porteador es el porteador contractual del fletamento para el transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque. Y en virtud de esto, entendemos que quien figura como porteador en el conocimiento de embarque es el OTM, puesto que quien debe figurar como porteador contractual del fletamento es el porteador contractual del transporte multimodal, ya que es quién responde frente al cargador de la ejecución del contrato de transporte. Y esto es así, además, porque en el contrato de transporte multimodal rige el principio de relatividad de los contratos, es decir, el cargador efectúa

¹⁶ LÓPEZ RUEDA, F.C: “El transporte multimodal en la Ley de Navegación Marítima, en *Anuario de Derecho Marítimo*, N.º. 32, 2015, p. 91.

¹⁷ EMPARANZA SOBEJANO, A.: “La responsabilidad del porteador marítimo”, en AA VV, *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima* (EMPARANZA SOBEJANO, A. dir. y MARTÍN OSANTE, J.M dir.), Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 384.

el contrato con el OTM y éste subcontratará a porteadores efectivos, pero en los contratos que celebra el OTM con los porteadores efectivos no interviene el cargador.

La STS de 26 de mayo de 2011¹⁸ aborda la figura del OTM, y establece que el organizador, que contrata en nombre propio con el cargador la ejecución del transporte, proyecta, organiza y controla, aunque no lo ejecute por sí, sino por medio de los llamados porteadores efectivos, con los que contrata también en nombre propio. Dicho organizador no sólo se obliga ante el cargador a la realización de todo el transporte, sino que, asume la responsabilidad por la mercancía, desde el momento en que la recibe bajo su custodia, aunque fuera antes de ser entregada al porteador efectivo¹⁹. Por lo tanto, frente al cargador tan solo responde el porteador contractual, pues es el único sujeto que asume el contrato de transporte multimodal.

La tercera característica que representa este contrato es que existe un único contrato. El cargador celebra un único contrato de transporte multimodal con el porteador contractual. Este contrato comprende todas las fases del transporte. Rige el principio de relatividad de los contratos, como acabamos de mencionar, por lo que el cargador o quien tenga derecho sobre las mercancías debe exigir responsabilidad por pérdida, daños o retrasos al OTM, pero no a los porteadores efectivos pues carece de relación jurídica con ellos.

El contrato se documenta en un Documento de Transporte Multimodal (DTM, en adelante), que presenta la misma naturaleza y funciones que el conocimiento de embarque. Este documento cubre todo el transporte de origen a destino. La Ley no define su naturaleza ni sus características, se remite a las normas del conocimiento de embarque. El OTM emite el DTM como prueba del contrato y de la recepción de las mercancías bajo su custodia. Es un título de valor, representativo de las mercancías y además es un título de rescate que legitima al destinatario para obtener la entrega de las mercancías. En este documento, la Ley establece una serie de menciones obligatorias, que son las previstas para el conocimiento de embarque (art. 248 LNM), aunque, el DTM se refiere a los lugares de entrega y recogida de las mercancías. Rige el principio de autonomía de la voluntad, por lo que las partes pueden incorporar las cláusulas que consideren siempre que respeten la naturaleza y caracteres del transporte multimodal. Tiene que firmar este documento el OTM o el capitán en representación del OTM. El DTM puede emitirse a la orden, al porteador o nominativo y puede a su vez estar en formato papel o electrónico. A diferencia del conocimiento de embarque, no es necesaria la carga de las mercancías para su emisión. Pueden emitirse conocimientos de embarque o cartas de porte para los distintos tramos de transporte, pero deben indicar su vinculación al DTM. Para hallarnos ante un contrato de transporte multimodal, el conocimiento de embarque del supuesto práctico, tiene que indicar que está vinculado al DTM.

La unidad contractual es lo que diferencia el transporte multimodal del transporte segmentado. El transporte segmentado es realizado a través de varios modos de transporte, pero en él no existe un único porteador que asuma por entero la responsabilidad del transporte²⁰. Lo que diferencia el transporte multimodal y el transporte segmentado es la unidad contractual y el régimen de responsabilidad, en el transporte segmentado la pluralidad de modos se identifica con una pluralidad de prestaciones a las que las partes reconocen una cierta autonomía jurídica²¹, cualquier

¹⁸ STS de 26 de mayo de 2011 (RJ 2011\3989), Aranzadi.

¹⁹ STS de 26 de mayo de 2011 (RJ 2011\3989), Aranzadi.

²⁰ SAP de Guipúzcoa de 12 de noviembre de 2013 (RJ 2014\166404), Aranzadi.

²¹ ARROYO MARTÍNEZ, I.: «Ámbito de aplicación de la normativa uniforme: su extensión al transporte de puerta a puerta» en *Anuario de Derecho Marítimo*, núm. 18, 2001, p.444.

reclamación está regulada por el régimen jurídico concreto del modo de transporte donde ocurrió el daño. Por ello, la principal diferencia es que en el transporte multimodal hay un DTM que cubre todo el transporte y hay un porteador contractual que asume la responsabilidad por todo el transporte. Entendemos que para que en el supuesto concreto estemos ante un caso de transporte multimodal y no segmentado, el conocimiento de embarque debe indicar su vinculación al DTM y debe existir este DTM porque en caso de que no hubiere unidad contractual no nos hallaríamos ante un contrato de transporte multimodal sino ante un contrato de transporte segmentado.

Es posible como en el presente caso que el transporte multimodal esté contenedorizado.

Además de las figuras del porteador contractual y efectivo, en este contrato, existen dos figuras más. Una de ellas es la figura del remitente que es con quien celebra el contrato el OTM, en nombre propio y es una persona física o jurídica que le entrega las mercancías al porteador. Es el titular de que se transporten las mercancías a destino a tiempo y sin daños. Este remitente tiene la obligación de entregar la mercancía al porteador y hacer declaraciones exactas sobre sus mercancías y el estado en que se encuentren, especialmente en el caso de las mercancías peligrosas, de no hacerlo debe indemnizar al porteador, además, debe hacerse cargo del pago del flete a no ser que sea a portes debidos. En el presente caso el remitente sería Tufrutasur SA.

Y en último lugar, destacaríamos la figura del destinatario, que es quien el porteador debe entregarle las mercancías en destino. Se convierte en el acreedor en la fase ejecutiva del transporte y en este caso concreto consideramos que el destinatario sería Difrusur SL.

II.2. *Contrato de fletamento para el transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque.*

Dentro del transporte multimodal, en la fase marítima se concierta un contrato de fletamento para el transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque. La regulación de este contrato la encontramos en el art. 205 LNM.

Para la LNM, transporte y fletamento son términos sinónimos, aunque autores como Ignacio Arroyo, entre otros, no lo comparten²². Podríamos diferenciar el contrato de transporte y el contrato de fletamento teniendo en cuenta que el fletamento se emplea en líneas libres o no regulares de la navegación, se documenta en la póliza de fletamento y se rige por el principio dispositivo, mientras que el contrato de transporte se emplea en las líneas regulares, se documenta en un conocimiento de embarque y se rige por normas imperativas²³. En cambio, la LNM indica que el fletamento se configura como contrato de transporte, tratándose de un tipo contractual unificado. El legislador, en su art. 203 LNM define el contrato de fletamento como el contrato por el cual el porteador se obliga a cambio del pago de un flete a transportar por mar mercancías y entregarlas al destinatario en el puerto o lugar de destino. El legislador recoge distintas variedades de fletamento; el fletamento por tiempo, fletamento por viaje, fletamento en régimen de conocimiento de embarque, subfletamento y contratos de volumen.

²² ARROYO MARTÍNEZ, I: *Compendio de Derecho Marítimo: (Ley 14-2014, de navegación marítima)*, op. Cit., p. 239.

²³ ARROYO, MARTÍNEZ, I.: *Curso de Derecho Marítimo: (Ley 14-2014, de navegación marítima)*, op. Cit. p. 499.

En el presente caso, se formula un contrato de fletamento para el transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, como parte del transporte multimodal. Este contrato está regulado en el art. 205 LNM. El transporte se caracteriza por el traslado por mar de un lugar a otro de personas o mercancías a cambio de un flete²⁴. El contrato de fletamento para el transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque va a consistir en el transporte de mercancías que vengan determinadas por peso, medida o clase. Las condiciones del presente contrato se recogerán en un conocimiento de embarque o en otro documento similar, sin embargo, al tratarse de un contrato consensual no requerirá para su eficacia y validez de requisitos formales específicos.

Este contrato está sometido al Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque de 1924²⁵ modificado por los Protocolos de Bruselas de 1968 y 1979, las denominadas Reglas de la Haya-Visby²⁶. Se trata, por tanto, de un régimen obligatorio e inderogable de la responsabilidad del porteador, salvo que beneficie al cargador.

Este contrato por lo tanto se caracteriza por el desplazamiento marítimo, la custodia de las mercancías y su entrega en el puerto de destino.

Este contrato de fletamento también se trataría de un fletamento de nido o espacio (*slot charter*). El *slot* es una unidad e medida equivalente al volumen de un contenedor tipo. Este fletamento consiste en la disponibilidad de un número determinado de *slots* y no de la totalidad del buque. En el presente caso, la disponibilidad se refiere a 10 *slots*, es decir, al volumen equivalente a los 10 contenedores. Existe una póliza tipo referida a este tipo de contrato, la póliza *Slothire*. El objeto de este contrato no sería el contenedor, sino el espacio del buque para transportarlo, en el caso concreto, el espacio en el buque para transportar los 10 contenedores empleados.

En el contrato de fletamento actúan varias figuras; el porteador, el fletador y el destinatario. En primer lugar, entre estas figuras estaría el porteador, que en este caso es Navegando S.A. El porteador marítimo es quien asume la obligación de transportar por mar en régimen de conocimiento de embarque. Igual que en el contrato de transporte multimodal, la LNM diferencia entre porteador contractual, quien se compromete a la realización del transporte con el cargador y el porteador efectivo que es quien ejecuta materialmente el transporte. El porteador se obliga a poner a disposición el buque con un adecuado estado de navegabilidad en un puerto y fecha determinados (arts. 211 y 214 LNM), el porteador tiene, entre otros, un deber de custodia de las mercancías (art. 223 LNM) y un deber de entrega de éstas sin demora y conforme a lo pactado (art. 228 LNM). En el caso del fletamento para el transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, al porteador se le reconoce la facultad de elegir el puerto de carga, si bien deberá informar con suficiente antelación al cargador de su elección. Por lo que se refiere a la obligación de realizar operaciones de carga y estiba, en el fletamento para el transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque es el porteador el que asume la realización a su costa y riesgo de dichas operaciones (art. 218 LNM). En el fletamento para el transporte de mercancías determinadas en régimen de conocimiento de embarque la norma atribuye al porteador la responsabilidad por las operaciones de

²⁴ ARROYO, MARTÍNEZ, I.: *Curso de Derecho Marítimo: (Ley 14-2014, de navegación marítima)*, op. Cit. p. 582.

²⁵ Ratificado por el Estado español en Gaceta de Madrid de 31 de julio de 1930, Gaceta de Madrid núm. 212.

²⁶ BOE» núm. 36, de 11 de febrero de 1984, en adelante, RHV.

desestiba y descarga (art. 227 LNM). Además, el porteador debe emprender el viaje y realizarlo sin demora y por la ruta pactada (art. 220 LNM).

El cargador es la persona que celebra el contrato de transporte, que se obliga a entregar las mercancías en origen y a pagar el precio convenido. En el caso concreto esta figura estaría representada por Tufrutasur SA. El cargador debe poner a disposición las mercancías conforme a lo pactado (art. 229 LNM), además tiene obligación de ajustarse a lo pactado en cuanto a la clase de mercancía contratada y sobre el cargador recae un deber de declaración para que el porteador pueda adoptar las medidas oportunas para la identificación y el transporte de las mercancías. Además, una de las obligaciones esenciales del cargador o fletador es el pago del flete que se calculará según lo pactado, o en su defecto, en función del peso o volumen previsto en el conocimiento de embarque.

Y el destinatario es a quien van dirigidas las mercancías, puede estar determinado o indeterminado, en el caso concreto, está determinado y sería, en el supuesto de hecho, Difrusur SL. El destinatario deberá acreditar su posición mediante la exhibición del título que le legitima (art. 229 LNM). El destinatario puede rechazar la entrega, exigirla o aceptarla sin perjuicio de las reclamaciones que le pudiera ejercer al porteador (arts. 277 y 286 LNM). Además, puede colaborar en la recepción de las mercancías. Y, en cuanto al flete, puede que el destinatario sea el obligado a su pago, pero para eso será necesario que se recoja en el conocimiento de embarque o en un documento asimilado. La jurisprudencia establece la legitimación del destinatario designado en el conocimiento de embarque para reclamar al porteador los daños y perjuicios causados en la mercancía²⁷

El contrato de fletamento se documenta en el conocimiento de embarque. La Ley señala en el art. 246.1 LNM que el capitán o el agente del porteador deberán entregar al cargador un conocimiento de embarque que documente el derecho de restitución de las mercancías en el puerto de destino. La entrega de este documento se produce una vez que las mercancías estén al bordo del buque. La Ley establece una serie de menciones obligatorias en su art. 248 y estas son la identificación del porteador, la referencia al cargador o al destinatario, la distribución de las mercancías, la referencia a los puertos de carga y descarga, así como a la fecha de entrega de las mercancías al porteador y su lugar de emisión unido al número de ejemplares originales. El conocimiento de embarque puede emitirse al porteador, a la orden o de forma nominativa. Se caracteriza por su eficacia traslativa y permite al porteador realizar reservas a la descripción de las mercancías en el conocimiento de embarque. Salvo prueba en contrario, el conocimiento de embarque hace fe de la entrega de las mercancías por el cargador al porteador para su transporte y como medio de prueba de la entrega en destino de las mercancías con las características y en el estado que figuraban en el documento.

II.3. Contrato de transporte de mercancías por carretera

En el contrato de transporte multimodal también se concierta un contrato de transporte terrestre de mercancías por carretera.

Se trata de un contrato de transporte de mercancías por el que el porteador se obliga frente al cargador a cambio de un precio a trasladar mercancías de un lugar a otro y ponerlas a disposición de las personas designadas en el contrato (art. 2.1 LCTTM). Se trata de un transporte que utiliza medios mecánicos con capacidad de tracción propia, en este caso

²⁷ SAP de Asturias de 29 de noviembre de 2002 (RJ 2002/10403), Aranzadi.

por carretera. Debemos apuntar que la regulación es común para los contratos de transporte terrestre tanto por carretera como por vía ferroviaria. Esta regulación tiene carácter dispositivo por las partes, con la excepción del orden público y de determinados contenidos que se establecen como imperativos²⁸.

Por tanto, para tratarse un contrato de transporte terrestre de mercancías debe realizarse por vía terrestre y debe referirse a mercancías. El término mercancía es un término sinónimo al de mercadería de la Convención de 11 de abril de 1980 sobre la compraventa internacional de mercaderías²⁹. Los contratos de transporte terrestre de mercancías se someten a los Tratados Internacionales vigentes en España, a las normas de la UE y a la LCTTM. La Ley se remite supletoriamente a las normas relativas a la contratación mercantil (art. 2.2 LCTMM). Además también influye este régimen el Convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956 de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (CMR)³⁰ y que fue modificado por el Protocolo de 5 de julio de 1978, al que también se adhirió España por Instrumento de 23 de septiembre de 1996.

El contrato se formula entre el porteador y el remitente (o cargador). En ocasiones aparece un tercero, el destinatario, pero no es una figura necesaria.

El porteador es quien asume la obligación de trasladar las mercancías de un lugar a otro y es responsable de la ejecución del transporte y de la custodia de las mercancías. Habitualmente, lo ejecuta a través de sus propios medios, pero puede hacerlo a través de un tercero³¹, en este caso el porteador contractual se comprometería frente al cargador a ejecutar el transporte y el cargador solo podrá reclamarle al porteador contractual, es decir, en el presente caso, entendemos que el porteador contractual sería Navegando SA, el porteador efectivo sería Trans Terras de Soneira S.L y el cargador Tufutasur SA. Quien asume la obligación del contrato multimodal, es como dijimos Navegando S.A, y a partir de ahí subcontrata el transporte terrestre a Trans Terras de Soneira SL. Por lo que, Tufutasur SA solo puede reclamarle a Navegando SA. El porteador contrae una obligación de resultado, es decir, se compromete a asumir el riesgo del resultado de la obra. El porteador tiene la obligación de transportar las mercancías de un lado a otro y transportarlas en el mismo estado en que las recibió, es decir, tiene un deber de custodia de las mismas, así como de revisar su estado aparente y el de su embalaje, así como la exactitud conforme a la carta de porte. Tiene el deber de recibir la mercancía y cargarla en los medios en que va a efectuarse el transporte. Además, debe realizar el transporte por el itinerario establecido en el contrato y está sometido al derecho de disposición conforme a las instrucciones que imparta el cargador. Y, en último lugar, debe entregar la mercancía transportada al destinatario en el lugar y el plazo pactado en el contrato, y en su defecto, en el plazo que emplearía un porteador diligente en realizar el transporte. El porteador debe efectuar la entrega de las mercancías en el estado en que se hallaban cuando las recibió, sin pérdida o menoscabo de la carta de porte.

²⁸ PEINADO GRACIA, J.I.: "El contrato de transporte terrestre (I). El transporte de mercancías y viajeros por carretera" en AA VV, *Lecciones de Derecho Mercantil volumen II* (MENENDEZ, A. dir. y ROJO. A. dir.), Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 151-152.

²⁹ España se adhirió a este convenio mediante Instrumento de Adhesión de España al Convenio de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, BOE núm. 26, de 30 de enero de 1991.

³⁰ España se adhirió a este convenio mediante Instrumento de Adhesión de España al Convenio relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (CMR) hecho en Ginebra el 19 de mayo de 1956, BOE núm. 109, de 7 de mayo de 1974, en adelante CMR.

³¹ BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 2017, pp.173 y 174.

En segundo lugar, el cargador es la persona que celebra el contrato de transporte con el porteador y le entrega las mercancías que deben ser transportadas. El cargador contrata en nombre propio la realización del transporte, y mientras no aparezca la figura del destinatario es el acreedor del contrato de transporte. Como mencionamos anteriormente en este caso concreto el cargador sería Tufutasur SA. El cargador debe entregar al porteador las mercancías debidamente embaladas y en condiciones aptas para el transporte y para su identificación, además, debe adjuntar la carta de porte y la documentación relativa a las mercancías. Será el encargado de las operaciones de carga de las mercancías, y salvo pacto en contrario, serán de cuenta del cargador el pago del precio y demás gastos del transporte.

En tercer lugar, en este contrato surge una tercera figura, el destinatario, que es quien recibe las mercancías, pero permanece ajeno a la relación jurídica hasta el momento de la entrega, en ese momento se convierte en el acreedor de la relación jurídica. Puede efectuar la solicitud de entrega bien cuando haya transcurrido el plazo en que deberían haberse entregado las mercancías, cuando le haya sido notificado por el cargador o cuando conoce que las mercancías han llegado. El destinatario aparecerá en este contrato cuando así lo decida puesto que este contrato es calificado por la doctrina como un contrato a favor de tercero. Podrá ejercitar los derechos derivados del contrato frente al porteador desde el momento en que solicite su entrega. El destinatario que reclama la entrega de las mercancías y éstas son puestas a su disposición, está obligado al pago del precio del transporte y los gastos, en caso de que se haya realizado el contrato a portes debidos.

Este contrato es consensual, pero suele extenderse una carta de porte, que será de obligatoria en caso de exigirla una de las partes. El documento se emite en tres ejemplares originales, que firmarán el cargador y el porteador. El primer ejemplar será entregado al cargador, el segundo viajará con las mercancías y el tercero se entrega al porteador. Puede emitirse electrónicamente, tiene carácter de medio de prueba privilegiado respecto al estado de las mercancías entregadas al porteador. La ley establece una serie de menciones obligatorias, en el art. 10 LCTTM, así como otras menciones potestativas.

II.4. Conclusiones.

En el presente caso, se ha perfeccionado un contrato de transporte multimodal, el contrato de transporte multimodal se caracteriza por la utilización de distintos modos de transporte. Para que, en el presente caso, nos encontremos ante un contrato de transporte multimodal es necesario que exista unidad contractual, es decir, que exista un único DTM que cubra la responsabilidad de todo el transporte. Además, es necesario que un único porteador, el porteador contractual, asuma el transporte desde la recepción de las mercancías hasta su entrega en destino, con la correlativa responsabilidad del cumplimiento de esa obligación. En el supuesto de hecho se refleja la existencia de un conocimiento de embarque, para que nos encontremos ante un contrato de transporte multimodal es necesario que el conocimiento de embarque indique su vinculación al DTM porque sin existencia del DTM y con la existencia única de documentos parciales, al no existir un documento contractual que cubra todo el transporte, nos encontraríamos ante un contrato de transporte segmentado, en el que se individualizan las prestaciones del transporte, separando cada modo de transporte y asumiendo el porteador únicamente la responsabilidad de su trayecto. En resumen, entendemos que el transporte será multimodal siempre que exista un DTM y el conocimiento de embarque refleje su vinculación al DTM. En el contrato de transporte multimodal se desarrolla por vía

marítima y por vía terrestre. Para el transporte marítimo se concierta un contrato de fletamento para el transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque se regula en el art. 205 LNM y para el transporte terrestre se concierta un contrato de transporte de mercancías por carretera que se regula en el art. 2 LCTTM. Además, en el contrato de fletamento existe un contrato de fletamento de nido o espacio, que se corresponde con el espacio que ocupan en el buque los diez contenedores de fruta.

III. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL NAVIERO O PORTEADOR POR EL DAÑO A LAS MERCANCÍAS.

Concurren en el presente caso dos tipos de responsabilidad, por un lado, la responsabilidad del porteador y, por otro, la responsabilidad del naviero. En este caso concreto, concurren en la misma persona jurídica, Navegando SA ambas figuras, por lo que, seguidamente nos referiremos a los dos regímenes de responsabilidad que le son aplicables. Como establecimos anteriormente el régimen de responsabilidad que se aplica es el correspondiente a la fase en que se produce el hecho desencadenante de la responsabilidad en virtud del *network liability system* que rige en este ámbito.

Comentaremos, en primer lugar, la responsabilidad como porteador de Navegando SA.

III.1. Régimen de responsabilidad del porteador.

En el ámbito del fletamento sólo es aplicable la normativa de la LNM cuando las partes no hayan previsto expresamente el contenido de esa relación, rige pues la autonomía de la voluntad de ahí la importancia que tienen los formularios de las pólizas de fletamento en este ámbito. Pero la excepción en este ámbito es el régimen de responsabilidad del porteador marítimo, puesto que se trata de un régimen imperativo (art. 277 LNM).

La LNM atribuye al porteador la responsabilidad por todo daño o pérdida de las mercancías, así como del retraso en su entrega mientras se encontraban bajo su custodia, es decir, el porteador debe responder por los daños que se ocasionen a las mercancías mientras éstas se encuentran bajo su control. El porteador responde tanto por las pérdidas o averías totales o parciales como por el retraso. Este régimen es imperativo, resulta aplicable con independencia de las cláusulas o pactos previstos, y carecen de efecto las cláusulas contractuales cuyo fin sea anular directa o indirectamente la responsabilidad en perjuicio del titular del derecho a recibir las mercancías. Sí que están permitidas y tendrán eficacia las cláusulas que incrementen la responsabilidad del porteador en beneficio del cargador. Esto quiere decir, que la responsabilidad del porteador en el transporte bajo conocimiento de embarque es inderogable salvo en beneficio del cargador. Este régimen de responsabilidad es aplicable a todo porteador marítimo con independencia del vínculo contractual. A pesar de que inicialmente parece privarse de efectos a las cláusulas que atenúan la responsabilidad del porteador, esta limitación tan solo se aplica cuando el legitimado para recibir las mercancías no sea el fletador (277.1.2 LNM)³².

En atención a esto, entendemos que Navegando SA como porteador debería responder por el daño y pérdida de las mercancías que se encontraban bajo su custodia. Y la jurisprudencia entiende que el porteador debe responder por daños, pérdidas, averías o

³² EMPARANZA SOBEJANO, A.: “La responsabilidad del porteador marítimo”, en AA VV, *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, op. Cit., p.382.

perjuicios causados a las mercancías, dado que al aceptar el transporte de la mercancía asume una obligación de resultado, comprometiéndose a entregar la carga en las mismas condiciones en que la recibió³³

La LNM admite cláusulas de exoneración del porteador, aunque son limitadas y se regulan a través de la remisión a las RHV. El porteador responde de forma limitada pues el importe de la indemnización no se calcula en función del daño efectivamente causado, éste se calcula conforme a una cantidad máxima establecida en la Ley, salvo en casos excepciones en los que pierda el derecho a esta limitación (arts. 282.4 y 283.4 LNM).

Como mencionamos anteriormente, la LNM distingue entre porteador contractual y porteador efectivo, y la LNM los considera a ambos responsables por los daños, pérdidas o retraso de las mercancías. El porteador contractual es quien se compromete a realizar el transporte y figura como porteador en el conocimiento de embarque³⁴, en este caso, esta figura se representa en Navegando SA que es quien figura como porteador en el conocimiento de embarque. El porteador efectivo es quien ejecuta el transporte con sus propios medios, y en el caso concreto, también concurre en la figura de Navegando SA que es el porteador marítimo. La LNM establece un régimen de responsabilidad solidaria de ambos porteadores frente al cargador. Por lo que, se prevé un derecho de repetición, en virtud del cual el porteador contractual puede repetir contra el porteador efectivo las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad. En la regulación del transporte marítimo se ha establecido igual que en la regulación del transporte terrestre, una noción de porteador que abarca a todos los sujetos que asumen en su propio nombre la realización del transporte marítimo, aunque no lo ejecuten con sus propios medios³⁵.

La LNM en su art. 322 declara que el consignatario o destinatario no es responsable de las indemnizaciones por daños o pérdidas en las mercancías.

Se configura un régimen de responsabilidad por culpa del porteador. Como se prevé en la jurisprudencia en este régimen de responsabilidad por culpa se invierte la carga de la prueba en perjuicio del porteador, quien, en su descargo, deberá probar la concurrencia de las causas de exoneración de responsabilidad³⁶.

Y esta responsabilidad rige desde que toma las mercancías a su carga en el puerto de origen hasta que las pone a disposición del destinatario en el puerto de destino (art. 279 LNM), además incluye la fase portuaria. Si las leyes o reglamentos portuarios imponen de forma obligatoria la intervención de una empresa u organismo en las operaciones de entrega de las mercancías al porteador para su transporte o de éste último al destinatario, el porteador no responderá del período en el que las mercancías estén bajo la custodia de esas empresas u organismos.

En el fletamento para el transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, se le atribuye al porteador la carga de las mercancías, pero puede pactarse de otra forma, y que sea el cargador quien deba colocar las mercancías en el buque, y en este caso, debería colocar las mercancías al costado del buque. Ni el porteador ni el buque son

³³ SJM núm. 2 de Barcelona, de 27 de junio de 2016 (JUR 2017/56078), Aranzadi.

³⁴ ARROYO, MARTÍNEZ, I.: *Curso de Derecho Marítimo: (Ley 14-2014, de navegación marítima)*, op. Cit., pp. 609 y 610.

³⁵ EMPARANZA SOBEJANO, A. “La responsabilidad del transitario en el transporte marítimo tras la promulgación de la Ley de Navegación Marítima”, en AA VV, *El Derecho marítimo de los nuevos tiempos* (GARCÍA-PITA Y LASTRES dir., J.L, QUINTÁNS EIRAS, M.R dir., DÍAZ DE LA ROSA, A. dir.), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 643.

³⁶ SAP de Barcelona de 7 de diciembre de 2017, (JUR 2018/21393), Aranzadi.

responsables de las pérdidas o daños que provengan de la falta de condiciones del buque para navegar, a no ser que sea imputable a la falta de diligencia del porteador para poner el buque en condiciones de navegabilidad, en este caso responde el porteador por incumplir un deber del contrato, aunque se puede exonerar si demuestra una diligencia razonable. El porteador puede exonerarse si acredita haber actuado de manera diligente, el porteador puede quedar exonerado de responsabilidad si acredita haber empleado la debida diligencia, lo que supone trasladar con carácter general su apreciación a la discrecionalidad judicial o de quien resuelva el conflicto jurídico acerca de la indemnización de los daños causados³⁷.

La LNM remite en el régimen de responsabilidad del porteador a las RHV, estableciendo unas particularidades respecto a la limitación de la responsabilidad por pérdida, daño o retraso.

Las RHV establecen exoneraciones a la responsabilidad del porteador. Estas exoneraciones resultan de aplicación en nuestro ordenamiento jurídico puesto que la LNM no contempla esta materia y remite a las RHV expresamente en cuanto al régimen de responsabilidad del porteador. En los casos que prevé las RHV el porteador no responde si la causa del daño encaja en alguno de los supuestos recogidos. Quien ostenta la carga de la prueba en este ámbito es el porteador, el porteador debe acreditar la causa, además, debe demostrar que encaja en alguno de los supuestos de exoneración y que ejerció una diligencia razonable para la navegabilidad del buque. Entre los supuestos de exoneración contempla los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor; peligros, daños o accidentes de mar (cuando se actuara con una diligencia y habilidad razonables y el daño causado lo fuera por un evento de mar); acto de Dios (similar a la fuerza mayor); hechos de guerra; vicio propio de las mercancías; actuación negligente del cargador (incluye tanto actos y omisiones del cargador, como supuestos de embalaje insuficiente o imperfección de las marcas); causas de exoneración con un origen marítimo (incluyendo supuestos de faltas náuticas del personal dependiente y daños producidos por incendio).

En este caso, no concurriría vicio propio, para autores como Sánchez-Gamborino, el vicio propio es un defecto inherente a la mercancía, ya presente cuando el transportista la recibió. Para otros autores como José Luis Concepción el vicio propio exige al porteador la prueba del nexo de causalidad que debe unir a aquél con el resultado dañoso para que suponga causa de exoneración y en su producción no debe haber intervenido la actuación negligente del porteador³⁸.

El cálculo de la limitación se realiza a través de la cifra establecida en las RHV, pero no es aplicable cuando se hubiera declarado el valor real de las mercancías en el conocimiento de embarque. El importe máximo no puede ser superior a 666.7 unidades de cuenta por bulto o unidad; o bien 2 unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto de las mercancías dañadas o perdidas. Se aplica el límite que resulte más elevado (art. 4.5 RHV). La LNM establece una serie de particularidades en relación al cálculo de la limitación cuando se utilizan contenedores, bandejas de cargas o medios similares de agrupación de mercancías, cualquier bulto o unidad enumerado en el conocimiento de embarque como incluido dentro de dicho medio de agrupación se considerará como un bulto o unidad a efectos de limitación de responsabilidad por pérdida o daño. Por lo tanto, los contenedores que conforman la mercancía entregada por Tufutasur SA serían considerados unidades, y habría que calcular la cuantía de la limitación multiplicando

³⁷ SJM de Palma de Mallorca de 29 de junio de 2016 (JUR 2016\197341), Aranzadi.

³⁸ SAP de Almería de 3 de septiembre de 2014, (AC 2015/1055), Aranzadi.

666.7 unidades de cuenta por 10 contenedores. Cuando el contenedor es suministrado por el cargador es considerado un bulto más (art. 282 LNM). Si en el conocimiento no se hiciera constar la enumeración del contenido, se considerará que existe un solo bulto³⁹.

El régimen de responsabilidad y la limitación sería aplicable al caso concreto, puesto que son aplicables a toda acción que persiga una indemnización por daños o pérdidas independientemente del procedimiento, de su fundamento contractual o extracontractual y tanto se dirija frente al porteador o frente a sus auxiliares. Sin embargo, el régimen de la limitación no sería aplicable cuando se hubiese declarado el valor real de las mercancías en el conocimiento de embarque y tampoco si se prueba que el daño, pérdida o retraso han sido causados por una conducta intencional o temeraria del porteador.

Únicamente se podrían ejercer las acciones por el contrato de fletamento frente al porteador en el plazo de un año desde la entrega de las mercancías al destinatario (art. 286 LNM). En el contrato de fletamento para el transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque existe un plazo de denuncia y un plazo de caducidad. Si la pérdida o los daños fuesen no aparentes el aviso puede hacerse en el plazo de tres días laborables. Si no se efectuase este aviso o se hiciera fuera de plazo, se considera que, salvo prueba en contrario, las mercancías fueron entregadas en la forma descrita en el conocimiento de embarque. La jurisprudencia⁴⁰ ha establecido que admite prueba el contrario, ya que no hace prueba *iuris et de iure*.

III.2. Régimen de responsabilidad del naviero.

En segundo lugar, contemplamos el régimen de responsabilidad del naviero, que en el presente caso también concurre en la figura de Navegando SA. Al naviero le son imputables los actos y omisiones propios y de sus auxiliares desarrollados en la explotación del buque. La responsabilidad del naviero puede ser tanto contractual, que se regirá por la relación contractual correspondiente, como extracontractual que se regirá por el régimen general.

El art. 145 LNM describe al armador y al naviero. En su apartado primero entiende por armador a quien siendo o no el propietario del buque o embarcación, tiene su posesión, directamente o a través de sus dependientes y lo dedica en su nombre propio y bajo su responsabilidad. El armador asume la responsabilidad por daños a terceros derivados del uso del buque. En su apartado segundo establece que se entiende por naviero a la persona física o jurídica, que utilizando buques mercantes propios o ajenos, se dedique a la explotación de los mismos, aun cuando no constituya su actividad principal. La exposición de motivos de la LNM justifica que se ha mantenido el concepto de naviero exclusivamente para referirse a aquellos sujetos que explotan buques mercantes, excluidos los de pesca. En este caso, Navegando SA, sería armador y naviero.

³⁹ VALLE TEJADA, V.: *Los contratos para el transporte de mercancías por mar. Aproximación a su regulación en el derecho inglés y español*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 111.

⁴⁰ La STS de 18 de octubre de 1988, (RJ 1988/7587), Aranzadi, establece que “*la omisión del aviso por escrito al porteador o la formulación del mismo fuera del plazo de los tres días siguientes a la entrega de la mercancía, no entraña un preclusivo e insalvable presupuesto u obstáculo procesal al ejercicio de la correspondiente acción de indemnización, sino que sólo genera una presunción favorable al porteador de que la mercancía fue entregada en el estado reseñado en el conocimiento de embarque, presunción que puede ser destruida por prueba en contrario*”.

La LNM prevé un régimen de responsabilidad unitario para armador y naviero, y éste régimen se aplica indistintamente al naviero y armador⁴¹.

El art. 149 LNM bajo la denominación la responsabilidad del armador, establece que el armador es responsable por los actos propios o que le sean imputables por dolo, culpa o negligencia. En este apartado habría que incluir la responsabilidad por daños a las mercancías a causa de la innavegabilidad del buque. Además, debe responder por los daños a terceros causados por actos u omisiones del capitán y de la dotación excepto cuando estos actos se efectúen dolosamente. También, responde de las responsabilidades contraídas por el capitán, en lo relativo a las necesidades del buque, en virtud del poder de representación que tiene respecto del armador establecido en el art. 185 LNM.

A las obligaciones contraídas por el armador se les aplica el art. 1089 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil⁴², que establece que las obligaciones pueden nacer de la ley, de los contratos, y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. Las obligaciones del armador pueden nacer por un contrato o bien pueden ser obligaciones *ex lege*. El armador, además, puede contraer obligaciones que no pertenezcan a la actividad marítima o al ámbito de la navegación, pero sí que estén conectadas con ellas.

Se prevé un régimen de limitación de responsabilidad del armador, y para ello, el art. 392 LNM se remite a lo dispuesto por el Protocolo de 1996 que enmienda el Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de Derecho Marítimo de 1976, hecho en Londres el 2 de mayo de 1996⁴³, con las reservas realizadas en el instrumento de adhesión y en la propia LNM. Este régimen de limitación de responsabilidad se aplica a responsabilidades derivadas de procedimientos judiciales civiles, sociales, penales o administrativos (art. 393 LNM). El art. 394 LNM establece que el régimen de limitación de responsabilidad se aplicará siempre que cualquier titular del derecho a limitar la responsabilidad lo invoque ante los órganos judiciales o administrativos españoles.

Para conocer quiénes son los titulares del derecho a limitar la responsabilidad debemos acudir al Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo, hecho en Londres el 19 de noviembre de 1976⁴⁴, este Convenio establece que tienen derecho a limitar su responsabilidad los *ship owners*, es decir, los propietarios del buque, pero el Convenio considera propietario no solo al titular dominical del buque, sino que hay que entender también como propietario al fletador, al gestor naval y al armador. En derecho internacional marítimo se entiende como propietario a todo sujeto que tenga algún poder de dirección sobre el buque.

La legitimación activa, en este ámbito, no se ve limitada ni por la nacionalidad ni por el estado de pabellón que enarbole el buque. La persona con derecho a limitar la responsabilidad, perderá dicho derecho si se prueba que el perjuicio fue causado por una acción u omisión suyas y que incurrió en estas con la intención de causar el perjuicio o

⁴¹ ARROYO MARTÍNEZ, I.: *Curso de Derecho Marítimo: (Ley 14-2014, de navegación marítima)*, op. Cit., p.429.

⁴² BOE núm. 206 de 25 de julio de 1889, en adelante CC.

⁴³ BOE núm. 50, de 28 de febrero de 2005, en adelante Protocolo 96/1976.

⁴⁴ Ratificado por España el 22 de octubre de 1981, que entró en vigor el 1 de diciembre de 1986, BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 1986, en adelante Convenio de Londres. Este Convenio ha sido denunciado por el Estado español, y ha dejado de estar vigente. En España, tiene vigencia el Protocolo 1976/96.

temerariamente y siendo consciente de que con probabilidad se produciría ese perjuicio (art. 4 Convenio de Londres).

La limitación de responsabilidad se va a aplicar a las reclamaciones de origen náutico, la LNM sigue el criterio del Convenio de Londres y establece una relación de reclamaciones sujetas a la limitación, que coinciden con las señaladas por el art. 2 del Convenio de Londres. Además, establece una relación de reclamaciones excluidas del derecho a limitación que son las establecidas en el art. 3 del Convenio de Londres y las reclamaciones de la administración marítima o de la autoridad portuaria que se prevean en las normas de remoción de buques. Tampoco cabe en las reclamaciones que los empleados puedan ejercitar frente a los propietarios del buque ni sus herederos por los sueldos y salarios, ni cuándo se ha producido una contaminación por hidrocarburos.

Entre las reclamaciones sujetas a limitación se encuentran los supuestos de muerte o lesiones corporales o los supuestos por pérdidas o daños sufridos en las cosas que se hayan producido a bordo o estén directamente vinculados con la explotación del buque o con operaciones de salvamento, así como los perjuicios derivados de cualquiera de esas causas (art. 396 LNM). Entendemos que la pérdida de las mercancías se encuadraría en el supuesto de pérdidas o daños sufridos en las cosas. La LNM, al igual que el Convenio de Londres, establece límites generales y especiales teniendo en cuenta el tipo de reclamación de que se trate. El criterio general, que consideramos el aplicable al supuesto de hecho, calcula el límite atendiendo a dos parámetros: por cada accidente, teniendo en cuenta el arqueo bruto del buque y establece diferencias entre los daños, muertes o lesiones personales y los daños materiales (art. 398 LNM). Para el cálculo de las sumas máximas remite a los arts. 6 a 9 del Convenio de Londres, pero establece una modificación para los buques y embarcaciones inferiores a 300 toneladas, y establece que la suma será la mitad del límite de responsabilidad aplicable a un buque con arqueo de 2000 toneladas. La suma máxima se calcula en función del arqueo bruto del buque, y éste se multiplica por un número de unidades de cuenta. La unidad de cuenta es el derecho especial de giro (DEG) y deberán convertirse en euros según el cambio vigente a la fecha de constitución del fondo (art. 402 LNM).

La limitación no opera automáticamente, es necesario para poder limitar la responsabilidad que se constituya un fondo de limitación, sin la constitución de este fondo no cabe alegación y el juez puede no limitar la deuda. A las sumas máximas deben añadirse los intereses legales devengados desde la fecha del accidente. El depósito puede realizarse en efectivo o mediante la aportación de garantía suficiente. La LNM no establece nada sobre el tipo de garantía y la más habitual es el aval bancario. Las cartas de garantía emitidas por los clubes P&I no siempre son admitidas por los tribunales españoles. Este fondo de limitación tiene carácter exclusivo y excluyente. Exclusivo porque solo puede constituirse respecto de reclamaciones sujetas a limitación, y excluyente puesto que tras su constitución los titulares carecen de acción para perseguir otros bienes del deudor o de otros deudores del mismo crédito. Los buques u otros bienes que hayan sido embargados o secuestrados como garantía con anterioridad a la constitución del fondo, quedarán liberados por orden del órgano judicial competente en la constitución (art. 404 LNM). El fondo debe ser distribuido entre los acreedores del accidente en proporción a la cuantía de sus reclamaciones. El titular del derecho a limitar la responsabilidad que invoque este derecho debe constituir el fondo de limitación o prestar garantía suficiente en el plazo de 10 días (art. 488 LNM). Es competente el Juez de lo Mercantil que esté conociendo de cualquier reclamación limitada presentada contra el titular del derecho a limitar. Este derecho a la constitución del fondo caduca en el plazo

de dos años desde el día en que fue presentada la primera reclamación judicial nacida del accidente del que se deriva el derecho a limitar (art. 405 LNM).

Igualmente, entendemos que, en caso de no existir una relación contractual, que en este supuesto sí existe, le sería aplicable al porteador o naviero la responsabilidad extracontractual general establecida en el art. 1902 CC que establece que el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

III.3. Elección del régimen aplicable.

El título VII LNM establece un régimen de limitación de responsabilidad general, que contempla reclamaciones de carácter contractual y extracontractual. Y, además de este régimen general existen otros regímenes especiales previstos en normas que regulan específicamente la indemnización de unos daños particulares.

El art. 395 LNM establece que lo dispuesto en el Título VII respecto al régimen de limitación de responsabilidad general, se entiende sin perjuicio de los regímenes de limitación específicos establecidos para el porteador marítimo de mercancías o de pasajeros en el marco de las reclamaciones por incumplimiento de los contratos de transporte. Esto quiere decir que el porteador marítimo y, a su vez armador, en este caso Navegando SA, podrá acogerse al régimen especial o al general cuando le resulte más favorable. Es decir, si la reclamación tiene por causa el incumplimiento de un contrato de transporte, el armador porteador o el fletador porteador, en este caso Navegando SA, puede optar por la aplicación del régimen general de limitación establecido en el Título VII LNM y contemplado en el Protocolo 96/1976 o por la aplicación de los regímenes especiales de limitación que se contemplan en los arts. 282, 283 y 299 LNM y en las RHV para los incumplimientos de los contratos de transporte de mercancías. Debe entenderse que también podrá optar por los regímenes especiales previstos en Convenios internacionales en materia de transporte de mercancías y pasajeros.

El naviero, cuando sea reclamado por el acreedor por daño en las mercancías, puede invocar la limitación de la deuda de la que disfrutaban los porteadores marítimos sometidos prevista en el art. 4.5 RHV y en los arts. 282 y 334 LNM e indemnizar por los daños en las mercancías aplicando el límite más elevado de 666.67 DEG por bulto o 2 DEG por kilogramo, o alegar la limitación prevista en el Protocolo 96/1976 cuando le resulte más conveniente, y en éste, el límite es de 167.000 DEG por buque de 500 toneladas, a lo que se sumará 167 DEG por tonelada adicional hasta 30.000 toneladas. Y 125 DEG más en los buques de más de 30.000 toneladas. Algunos autores como Alberto Empananza Sobejano, consideran que no existe incompatibilidad entre ambos regímenes⁴⁵. En resumen, Navegando SA como naviero porteador puede optar entre que se le aplique el régimen de limitación general o el régimen de limitación especial por su condición de porteador efectivo. Por lo que puede responder bien como porteador marítimo o como naviero, pudiendo optar por el régimen que le sea más beneficioso y quedando sometido a preceptos normativos diferentes en función del régimen por el que opte.

⁴⁵ EMPARANZA SOBEJANO, A. “La responsabilidad del transitario en el transporte marítimo tras la promulgación de la Ley de Navegación Marítima”, op. Cit. pp. 656-657.

III.4. Conclusiones

El porteador marítimo o el naviero está sometido a dos regímenes de responsabilidad. Por un lado, el régimen de responsabilidad del porteador que aparece regulado en los arts. 277 a 285 LNM y en las RHV. Estos artículos establecen una responsabilidad solidaria entre porteador contractual y efectivos. El porteador marítimo debe responder por los daños o las pérdidas de las mercancías en virtud de este régimen, pero puede limitar su responsabilidad conforme al art. 282 LNM y conforme a las RHV. Además, el porteador marítimo es armador y naviero, por lo que está sometido al régimen de responsabilidad del naviero que se prevé el art. 149 LNM y en el Protocolo 96/1976, en virtud de este régimen también debe responder por la pérdida o daños de la mercancía y también puede limitar su responsabilidad conforme al Título VII LNM y al Protocolo 96/1976. La LNM, teniendo en cuenta esta situación, establece en su art. 395 LNM que el porteador marítimo puede optar entre que se le aplique el régimen de limitación general del naviero o el régimen de limitación específico del porteador, escogiendo el que le sea más favorable.

IV. DEBER DEL PORTEADOR.

IV.1. Deber incumplido por el porteador por haber sido introducido un cargamento de droga sin su consentimiento ni el de su capitán.

El porteador marítimo tiene una serie de obligaciones que se recogen en la sección 2ª de la LNM. Entendemos que al porteador y al capitán se les podría acusar de haber incumplido el deber de custodia y vigilancia que se regula en los arts. 220 y 223 LNM. La LNM establece el deber de custodia, y menciona este deber en los artículos relativos a las obligaciones del porteador o a su régimen de responsabilidad.

En virtud del contrato de transporte, el porteador asume la obligación esencial de custodia, de la que puede derivar su responsabilidad⁴⁶. El porteador debe custodiar las mercancías transportadas durante todas las fases del viaje, desde que la recibió, durante el transporte y hasta la entrega al destinatario en el puerto. Se trata de una obligación legal *ex receptum* y su infracción o incumplimiento acarrea responsabilidad.

Los momentos de inicio y final de la obligación de custodia permiten determinar el período de responsabilidad del porteador marítimo. En el fletamento para el transporte de mercancías determinadas, la obligación de custodia subsiste desde la recepción de la mercancía en el costado del buque en el puerto de carga hasta la entrega en el puerto de descarga⁴⁷. Es posible realizar un acuerdo sobre carga y descarga (art. 218.2 y 227.1 LNM) de tal forma que tanto el coste económico como los riesgos de pérdida o avería recaigan sobre el fletador o el destinatario. Además, la LNM amplía el período de responsabilidad, al establecer que, si el viaje es interrumpido en un puerto distinto al de destino, por avería o por causas que inhabiliten al buque para navegar, el porteador debe custodiar las mercancías mientras se solucionan estos inconvenientes. Y, si el buque queda inhabilitado definitivamente o el retraso pudiese perjudicar el cargamento, el porteador debe proveer a su costa el transporte hasta el destino.

⁴⁶ RODRÍGUEZ DELGADO, J.P.: *El período de responsabilidad del porteador en el transporte marítimo de mercancías*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 71.

⁴⁷ SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J.C.: "El contenido del contrato de fletamento" en AA VV, *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima* (EMPARANZA SOBEJANO, A. dir y MARTÍN OSANTE, J.M. dir.) Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 303.

La obligación de custodia es una obligación de resultado en virtud de la cual el porteador se compromete a custodiar las mercancías durante el período que estas están bajo su control. El porteador debe desplegar una conducta diligente que evite daños a la mercancía mientras se encuentren bajo su custodia. La ausencia o infracción del deber de cuidado, incluido en la diligencia formada por la profesionalidad media exigible a un transportista (art. 1104 CC), determina su responsabilidad, tratándose de una responsabilidad subjetiva⁴⁸.

Podemos entender que el porteador marítimo incumple el deber de custodia si durante el trayecto se introducen estas sustancias, puesto que, incumpliría su deber de cuidar esas mercancías durante todo el período que dura la posesión. Sin embargo, el problema se plantea si quien introdujo la droga en los contenedores antes del momento de la carga en el buque fue el cargador, Tufrutasur SA, y esto no era conocido por el porteador marítimo. En este contexto, consideramos que pueden ser importantes los incoterms que son utilizados frecuentemente en el transporte de mercancías con uso de contenedores. La doctrina y la jurisprudencia vienen distinguiendo dos modalidades distintas el régimen FCL y el régimen LCL, es decir, contenedores totalmente cargados o parcialmente cargados. Cuando el transporte se realiza por medio de contenedores es habitual que en el conocimiento de embarque se establezca una de estas cláusulas. Entendemos que, en el presente caso, nos encontraríamos ante contenedores cargados, puesto que el conocimiento de embarque nos especifica que son diez contenedores, por lo que entenderíamos que esta carga estaría separada en los contenedores y no se mezclaría con otras mercancías que transporte el porteador.

Por un lado, existe la cláusula FCL (*full container load*) que supone que el cargador o un tercero a su nombre, entrega el contenedor cargado, estibado y trincado por su cuenta y riesgo, sin que el porteador ejerza ningún control ni intervenga. El cargador entrega al porteador el contenedor cerrado y sellado, y el porteador realizará el viaje y le hará entrega del contenedor al destinatario. Esta modalidad es típica en el transporte multimodal puerta a puerta en el que el conocimiento de embarque recoge una cláusula “*house to house*”. El destinatario debe descargar y desestibar la mercancía introducida en el contenedor, de la misma manera que el cargador lo hizo. En este tipo de transporte, el porteador es incapaz de verificar en el momento de la recepción el estado de las mercancías. En este caso, el período de responsabilidad del porteador comienza cuando se hayan efectuado las operaciones de carga y estiba y finaliza cuando comienzan las operaciones de descarga y desestiba, por lo que no se le pueden imputar los daños o pérdidas de las mercancías⁴⁹. En este caso, el porteador marítimo no respondería del contenido del contenedor, para ello podemos tener en cuenta la SAP de 21 de julio de 1988 en la que se estableció que en el tramo de transporte marítimo efectuado bajo la cláusula FCL, el contenedor es movido como una carga unitaria. El transportista deberá responder de la carga, estiba, transporte, desestiba y descarga de la mercancía y de su custodia desde la recepción para su transporte hasta su entrega. Pero referida al contenedor, sin que pueda responder del contenido cuando los precintos aparecen intactos y no aparecen signos de manipulación inadecuada⁵⁰. Es decir, si el transporte marítimo se efectuase con respecto a esta cláusula, ni el porteador ni el capitán podrían responder por el contenido si se hallasen los precintos intactos. El supuesto de hecho nos hace pensar que realmente se trata de un transporte bajo la cláusula FCL puesto que se trata de una carga unitaria formada por diez

⁴⁸ SAP de Las Palmas de 31 de octubre de 2007, JUR 2008\78332, Aranzadi.

⁴⁹ RODRÍGUEZ DELGADO, J.P.: *El período de responsabilidad del porteador en el transporte marítimo de mercancías*, op. Cit. pp. 92-93.

⁵⁰ SAP de Barcelona de 21 de julio de 1988 (JUR 1998/1615), Aranzadi.

contenedores completos, ya que en el transporte contratado en la modalidad FCL el contenedor debe ser cargado lleno, de modo que el transporte finaliza con la entrega del contenedor con el mismo precinto. Siempre que el contenedor viaje en condiciones FCL el naviero transportista no responde de lo que viaja en el interior del contenedor con el precinto intacto, y esto es así, porque al contenerse las mercancías en un contenedor hermético y estanco no puede responder de su contenido⁵¹. El porteador marítimo no tiene que revisar el contenido del contenedor, solo tiene que cargar, transportar y descargar con la diligencia profesional exigible y estibar el contenedor en el buque de una manera correcta⁵². La diligencia exigible al porteador es la profesionalidad media exigible a un transportista que se regula en el art. 1104 CC. El porteador marítimo debe observar la diligencia que exige la naturaleza de la obligación de transporte.

Por otro lado, existe la cláusula LCL (*less container load*). Esta modalidad consiste en que el transportista se ocupa del empaquetado y estiba de la mercancía en el interior del contenedor, asumiendo los riesgos de la operación⁵³. Se pacta que el cargador es quien deposita las mercancías en el almacén del porteador para que éste o sus auxiliares se las cargue y estibe dentro del contenedor para su posterior desplazamiento y carga en el buque, en éste supuesto, el porteador sí puede comprobar el estado y la condición aparente de la mercancía tal y como fue recibida.⁵⁴ No nos parece probable que se tratase de un transporte bajo la cláusula LCL, porque el supuesto de hecho, deja claro el número de contenedores por lo que entendemos que el cargamento es una carga unitaria que no se encuentra depositada en un contenedor junto a otros cargamentos de otros propietarios. Como consecuencia de esta interpretación, entendemos que el porteador y su capitán no responderían por encontrarse un cargamento de droga oculta en un contenedor cerrado.

El capitán como representante del armador también debe cumplir la obligación de custodia que le corresponde a éste como porteador marítimo. El capitán es la máxima autoridad del buque, ostenta el mando y la dirección del buque, desempeña la jefatura de la dotación y representa a bordo la autoridad pública⁵⁵. El capitán ostenta funciones públicas, funciones técnicas y funciones de representación del armador. Sintéticamente mencionaremos, sin ánimo de ser exhaustivos, algunas de sus funciones que podrían ser relevantes para el supuesto concreto. Respecto a las funciones públicas que ostenta el capitán destaca, entre otras, la obligación de cumplir y hacer cumplir todas las obligaciones en razón del cargo y mantener el orden y la seguridad a bordo, para ello, puede ejercer todas las medidas de policía necesarias. Además, dentro de sus funciones técnicas, el capitán debe actuar siempre con la diligencia exigible a un marino competente. El capitán tiene, en suma, facultades de representación del armador, y puede contraer en nombre y por cuenta del armador cualquier obligación exigida por las necesidades ordinarias del buque. Además, el capitán debe responder por los actos ilícitos o de baratería que cometa. La LNM no regula expresamente los actos de baratería, pero la jurisprudencia establece la responsabilidad solidaria entre el capitán y el naviero por los daños causados por actos ilícitos.

Por lo que respecta a la obligación de vigilancia, destacamos que, en el Código de Comercio, se establecía que era competencia del capitán del buque la vigilancia de la

⁵¹ SAP de Barcelona de 17 de octubre de 1994 (JUR 1994/2098), Aranzadi.

⁵² SAP de Córdoba de 10 de mayo de 2005 (JUR 2005/163519), Aranzadi.

⁵³ SAP de Cádiz de 9 de noviembre de 1998 (JUR 1998/2485), Aranzadi.

⁵⁴ RODRÍGUEZ DELGADO, J.P.: *El período de responsabilidad del porteador en el transporte marítimo de mercancías*, op. Cit. p. 91.

⁵⁵ ARROYO, MARTÍNEZ, I.: *Curso de Derecho Marítimo: (Ley 14-2014, de navegación marítima)*, op. Cit. p. 398.

carga de la mercancía en el buque, en virtud del derogado art. 612.5 CCo, e, igualmente, era el responsable de verificar que la carga era compatible con lo dispuesto en el conocimiento de embarque, como establecía su art. 706 CCo.

La LTTM prevé también el deber de custodia y vigilancia del porteador (art. 28 LTTM) pero establece que cuando existen sospechas de falsedad respecto a la declaración del cargador, el porteador puede verificar el peso y las medidas de las mercancías, así como proceder al registro de los bultos (art. 26 LTTM). Además, esta Ley establece un deber de reconocimiento externo de las mercancías por parte del cargador, y establece que en el momento de hacerse cargo de las mercancías debe comprobar su estado aparente y el de su embalaje, así como la exactitud de las menciones en la carta de porte (art. 25 LTTM). En el caso del transporte terrestre de mercancías se establece expresamente el deber de vigilancia y comprobación de las mercancías por parte del porteador. En el transporte terrestre, el transportista no solo tiene el derecho, sino el deber de reconocer el estado de la mercancía (art. 8 CMR y 25 y 26 LTTM).⁵⁶ En el transporte marítimo no se regula este deber. Pero entendemos que el porteador tiene este deber y que se deriva de los arts. 257, 258 y 259 LNM que establecen la institución de las reservas. Carecería de sentido que existiese esta institución si el porteador no pudiera comprobar las mercancías. En virtud de estos artículos, el porteador debe comprobar si el estado aparente de las mercancías recibidas no se corresponde con el descrito por el cargador. En caso de que no se correspondiera con lo establecido en el conocimiento de embarque, el porteador debe hacer una reserva en el conocimiento en que se hará constar el estado real de las mercancías. Estas reservas pueden ser reservas por comprobación o sin comprobación, y ambas privan de efecto a la fuerza probatoria del conocimiento de embarque en los términos de la reserva, ya que en caso de que el porteador no efectúe la reserva se presume que recibió la mercancía en los términos establecidos en el conocimiento de embarque. Por lo que, entendemos que, si el transporte se efectuase bajo la modalidad LCL o en el caso de que no se insertara ninguna cláusula, el porteador y el capitán habrían incumplido su obligación de vigilancia, al no haber comprobado las mercancías. En caso de que el cargador entregase mercancías de distinta clase a las pactadas estaría realizando un embarque clandestino regulado en el art. 231 LNM, en este embarque el cargador debe responder por los daños y perjuicios que se ocasionen frente al porteador y frente a los demás cargadores.

Entendemos que el porteador y el capitán pudieron incumplir su deber de vigilancia y custodia al introducirse el cargamento de droga en el buque, puesto que entendemos que, de igual forma que en el transporte terrestre, el porteador o el capitán como su representante en el buque, debían comprobar el estado de las mercancías, sin embargo, nos parece importante resaltar que, en caso de que el transporte se efectuara bajo la cláusula FCL, si el cargamento de droga se encontrase en un contenedor con los precintos sellados e intactos, el porteador y el capitán estarían exonerados y no responderían por el contenido de estos contenedores, respondería el cargador.

IV.2. Conclusiones

En conclusión, entendemos que el capitán y el porteador han incumplido el deber de custodia y vigilancia que se prevé en los arts. 220 y 223 LNM.

⁵⁶ SAP de Almería de 3 de septiembre de 2014 (AC/2015/1055).

Consideramos, en primer lugar, que si el cargamento de droga se hubiese introducido una vez se hallase la mercancía en el buque, el porteador marítimo y el capitán, habrían incumplido su deber de custodiar las mercancías durante la duración del viaje. En segundo lugar, entendemos que, si el cargamento de droga fuese introducido por el cargador entre las mercancías, como parece previsible por encontrarse esta en el interior de las piñas, habría diferencias en función del régimen en que se efectuara el transporte, para esto tenemos en cuenta las dos cláusulas más frecuentes en el transporte marítimo mediante contenedores. Si éste se efectuara bajo la cláusula FCL, el porteador y su capitán no responderían cuando los precintos del contenedor estuviesen sellados e intactos, por el contrario, si éste se efectuase bajo la cláusula LCL o no se especificase ninguna cláusula, el porteador y su capitán incumplirían su deber de vigilancia y de comprobación de las mercancías. Este deber no se prevé específicamente en el ámbito marítimo, al contrario que en el ámbito terrestre, sin embargo, entendemos que se deriva de la institución de las reservas prevista en los arts. 257 a 259 LNM. Además, el porteador y el capitán estarían incumpliendo, en suma, el deber de diligencia profesional del art. 1104 CC.

V. SANCIONES PENALES

V.1. Delito contra la salud pública.

En el presente caso, ante el hallazgo de un cargamento oculto de droga, estaríamos ante un delito contra la salud pública, por lo que el bien jurídico protegido sería un bien jurídico colectivo, la salud pública.

El supuesto de hecho se encuadra en el art. 368 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁵⁷, que se ubica en el Título XVII relativo a los delitos contra la seguridad colectiva y dentro de éste en su Capítulo III dedicado a los delitos contra la salud pública. El bien jurídico protegido es el derecho a la salud que se contempla en el art. 43.1 CE, y en éste ámbito, se interpreta como un bien de todos los ciudadanos⁵⁸. La jurisprudencia del TS afirma que el bien jurídico protegido por el art. 368 CP es la salud pública, que se ve comprometida por los efectos nocivos que produce el consumo de sustancias estupefacientes, y, por ello, el legislador sanciona un amplio espectro de conductas que se declaran delictivas por poner en peligro la salud pública⁵⁹. El TS señala que el objeto de protección mencionado por el legislador es especialmente inconcreto, pues la salud pública no existe como un objeto real, ni como la suma de la salud de las personas individualmente consideradas. La finalidad del legislador es impedir la difusión de una práctica social peligrosa para la comunidad por el deterioro que puede causar en la población⁶⁰.

El art. 368 CP establece que los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o las posean con aquellos fines, serán castigados con penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de

⁵⁷ BOE núm. 281 de 24 de noviembre de 1995, en adelante CP.

⁵⁸ ZÁRATE CONDE, A.: “Delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas” en AA VV, *Derecho penal. Parte especial : obra adaptada al temario de oposición para el acceso a la carrera judicial y fiscal*, (ZÁRATE CONDE, A. coord.), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, p.644.

⁵⁹ STS de 24 de octubre de 2007, JUR 2007/8131, Aranzadi.

⁶⁰ STS de 15 de marzo de 2005, (RJ 2005\3095), Aranzadi.

la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

Por lo que, se castigan los actos de cultivo, los actos de elaboración, los actos de tráfico, cualesquiera otros actos por los cuales se favorezca, promueva o facilite el consumo ilegal de drogas y poseer dichas sustancias con la finalidad de favorecer el consumo ilegal de drogas. Nos encontramos ante una tipificación especialmente abierta en la que cabe cualquier conducta que consista en promover, favorecer y facilitar el consumo. Esto implica una intervención omnicompreensiva del llamado “ciclo de la droga”, que implica la penalización a toda conducta que contribuya a su consumo⁶¹. La expresión “o de otro modo” amplía el tipo delictivo a cualquier acto que promueva, favorezca o facilite el consumo ilegal. La punibilidad nace con la mera disponibilidad sobre la droga o del hecho de quedar ésta sometida a la voluntad del destinatario⁶².

Este artículo 368 CP sería el artículo en virtud del cual se acusaría a los responsables del transporte de alijo de cocaína oculto.

El objeto material de los delitos de tráfico de drogas son las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Declaraciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS) han establecido que se puede entender por droga, la sustancia natural o sintética, cuya consumición repetida, en dosis diversas, provoca en las personas el deseo abrumador o necesidad de continuar consumiéndola (dependencia psíquica); la tendencia a aumentar la dosis (tolerancia), la dependencia física u orgánica de los efectos de la sustancia, que hace necesario su uso prolongado para evitar el síndrome de abstinencia⁶³. La jurisprudencia considera que el concepto droga tóxica o estupefaciente viene determinado por los Convenios internacionales ratificados por España (Convenio de 26 de junio de 1936 para la supresión del tráfico ilícito de drogas nocivas, Convenio único de 1961 sobre estupefacientes, Convenio de 21 de febrero de 1977 sobre sustancias psicotrópicas y la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988, entre otros textos), el TS sigue la idea de respetar los convenios internacionales.

Como vemos, el art. 368 CP, distingue entre sustancias que causan grave daño a la salud y las demás, y esta es una distinción relevante a la hora de determinar la pena. Este criterio no es desarrollado por los convenios internacionales y ha sido elaborado jurisprudencialmente atendiendo a circunstancias médicas. La jurisprudencia ha matizado que se consideran gravemente nocivas para la salud el LSD, la anfetamina, el éxtasis, la centramina, los barbitúricos y la cocaína⁶⁴. La cocaína se trata de una sustancia que causa grave daño a la salud, incluida en la Convención Única sobre estupefacientes de 30 de marzo de 1961⁶⁵.

Nos encontramos ante un delito de peligro abstracto⁶⁶ puesto que se sancionan las conductas capaces de crear un riesgo no permitido para el bien jurídico, aunque no llegue a existir un resultado lesivo⁶⁷. La jurisprudencia considera que este delito es un delito de

⁶¹ FRIEYRO ELÍCEGUI, S.: *El delito de tráfico de drogas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p.35.

⁶² SAP de Cádiz de 22 de marzo de 2004 (ARP 2004/162), Aranzadi.

⁶³ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p.576.

⁶⁴ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, op. Cit., p.578.

⁶⁵ SAP de Vizcaya de 17 de septiembre de 2010 (ARP 2010/1370), Aranzadi.

⁶⁶ STS de 21 de mayo de 2013, (RJ 2013\8075), Aranzadi.

⁶⁷ ZÁRATE CONDE, A.: “Delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas”, *op. Cit.*, p.645.

peligro hipotético y un delito de consumación anticipada, por lo que, generalmente no se aprecian formas imperfectas de ejecución.

V.2. Responsabilidad penal del Capitán del buque y de los demás responsables penales.

El capitán y los demás responsables podrían ser acusados por un delito de tráfico de drogas que causan un grave daño a la salud. Tanto al capitán como a los responsables penales, que entendemos que podrían ser el cargador si es quién introdujo la droga, el destinatario si pactó con el cargador el envío de ésta y el porteador que es quién pudo efectuar el transporte de la droga, en caso de demostrarse que actuaron con conocimiento, se les acusaría de un delito de tráfico de drogas del art. 368 CP.

Como observamos anteriormente, la conducta típica del art. 368 CP es una conducta amplia. La jurisprudencia distingue entre aquellas conductas directamente vinculadas al comercio o tráfico, el cultivo, la elaboración y el tráfico propiamente dicho, y los comportamientos relacionados con el tráfico de modo indirecto, entre los que se incluyen actos favorecedores como el transporte entre otros⁶⁸. Por lo que, entendemos que al porteador y al capitán se les podría acusar de un comportamiento relacionado con el tráfico de modo indirecto, el transporte, que como prevé la jurisprudencia, se incluyen en el art. 368 CP los actos auxiliares o accesorios como es el transporte⁶⁹.

En el supuesto de hecho se les acusaría por un delito consumado puesto que en este delito se consideran como delitos consumados formas imperfectas de ejecución o simple actos preparatorios. Consideramos que se les acusaría por un delito de tráfico de drogas. El Convenio Único, sobre estupefacientes, en su art.1 dice que se entiende por tráfico ilícito, el cultivo o cualquier tráfico de estupefacientes contrarios a las disposiciones de la Convención. Nuestra jurisprudencia ha considerado el transporte de drogas como la actividad más próxima a la idea de tráfico y como una conducta típica⁷⁰, y además, considera detentores materiales de la droga, por tener disponibilidad sobre la misma, a los transportistas, ya que entienden que favorecen y facilitan el consumo ilegal de drogas tóxicas⁷¹. Por lo que, los responsables serían acusados por un delito de tráfico de drogas, en caso de que se pruebe que existía un acuerdo previo de envío, y en concreto, el porteador marítimo y el capitán serían acusados por un delito de tráfico de drogas por realizar el transporte favoreciendo el consumo ilegal de drogas tóxicas.

Para poder ser acusados de este delito de tráfico de drogas es necesario que los responsables tuviesen una cierta conducta subjetiva, y que junto al conocimiento del carácter nocivo para la salud de la sustancia quisiesen promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de terceras personas. Es necesario un elemento subjetivo, el dolo. El sujeto tiene que actuar con conciencia y voluntad en la realización de los elementos del tipo, lo que exige que conozca que el objeto de la posesión son drogas tóxicas y que quiera difundir su consumo ilegal. La jurisprudencia del TS se ha mostrado reacia a aceptar la concurrencia del dolo entendiendo que no se encuentra suficientemente justificado por quien lo alega. La comprobación del elemento subjetivo se realizará a través de prueba indiciaria, atendiendo a los actos anteriores, coetáneos y posteriores a la tenencia de la droga⁷². La jurisprudencia considera que las circunstancias objetivas de las que puede

⁶⁸ SAP de Cádiz de 22 de marzo de 2004, (ARP 2004\162), Aranzadi.

⁶⁹ SAP de Madrid de 7 de febrero de 2008, (JUR 2008\113422), Aranzadi.

⁷⁰ SAP de Madrid de 8 de febrero de 2011, (JUR 2011\161398), Aranzadi.

⁷¹ STS de 3 de febrero de 2009, (RJ 2009\3433), Aranzadi.

⁷² FRIEYRO ELÍCEGUI, S.: *El delito de tráfico de drogas*, op. Cit. pp. 76-77.

inducirse el fin de traficar con droga son entre otras la cantidad de la droga, las circunstancias, la modalidad de la posesión, el lugar en el que se encuentra, la existencia de material o instrumentos adecuados al fin de traficar, entre otras⁷³. Por lo tanto, debe demostrarse a partir de la prueba indiciaria, que los sujetos conocían y querían promover, facilitar o favorecer el consumo ilegal de drogas tóxicas.

Según Joshi Jubert, estamos ante un error de tipo cuando el sujeto activo realiza una conducta de tráfico desconociendo que el objeto de su conducta es una droga tóxica, con la impunidad de la conducta tanto en los casos de error vencible como invencible al no ser punible la comisión imprudente⁷⁴. Para Rodríguez Núñez, tan solo el error invencible sobre la nocividad de la sustancia o su existencia excluiría la responsabilidad criminal⁷⁵. Para el TS, el error como causa excluyente debe estar claramente acreditado, que el error sea probado por el acusado como hecho impeditivo⁷⁶.

Mientras no se pruebe el elemento subjetivo, rige para los presuntos responsables el derecho de presunción de inocencia. La jurisprudencia del TS⁷⁷ establece que el derecho a la presunción de inocencia alcanza tan solo a la total ausencia de prueba y no a casos en que se halla un mínimo de actividad probatoria de cargo, razonablemente suficiente con las debidas garantías procesales. La presunción de inocencia se reconoce como derecho fundamental en el art. 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966⁷⁸, que establece que toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada, y en el art. 24.2 Constitución Española⁷⁹ que reconoce este derecho. La presunción de inocencia como regla de tratamiento impide tener a una persona como culpable antes de que su culpabilidad haya sido declarada legalmente. La presunción de inocencia como regla de juicio exige que el tribunal no parta de la idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, y supone el desplazamiento de la carga de la prueba a la acusación, de tal forma que cualquier duda derivada de una insuficiencia probatoria ha de redundar en beneficio del acusado.⁸⁰ El derecho a la presunción de inocencia es un derecho fundamental de aplicación vinculante para todos los poderes públicos, se trata de una presunción *iuris tantum*, que se puede destruir mediante una actividad probatoria de cargo. Esta actividad probatoria debe ser mínima, pero suficiente y acreditar la participación del acusado y los diferentes elementos objetivos del delito. En defecto de prueba directa, la prueba indiciaria constituye prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia.

En caso de demostrarse dolo, serían acusados por un delito consumado, puesto que la jurisprudencia entiende que se produce el favorecimiento del tráfico desde el momento en que se ponen en marcha los mecanismos de transporte de droga. Existiendo un acuerdo

⁷³ STS de 18 de mayo de 2010 (RJ 2010\5814), Aranzadi.

⁷⁴ JOSHI JUBERT, U: *Los delitos de tráfico de drogas I: Un estudio analítico del art.368 CP*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 108-109 y 122.

⁷⁵ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. “Delitos contra la salud pública” en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho Penal* (LAMARCA PÉREZ, C. Coord.), Colex, Madrid, 2013, p. 635.

⁷⁶ STS de 5 de mayo de 2011 (RJ 2011/4274), Aranzadi, SAP de Madrid 8 de julio de 2010 (ARP 2010/1088).

⁷⁷ STS de 31 de enero de 2000 (RJ 2000/449), Aranzadi.

⁷⁸ Ratificado por España mediante el Instrumento de Ratificación, BOE núm. 243 de 10 de octubre de 1979, en adelante CEDH.

⁷⁹ BOE núm. 311 de 29 de diciembre de 1978, en adelante CE.

⁸⁰ DÍAZ FRAILE, F.: *La presunción de inocencia y la indemnización por prisión preventiva: crítica del derecho español vigente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p.62.

previo para el envío y entrega de la droga, el envío material hace responsable a todos los intervinientes en el acuerdo previo en grado de consumación, pues la droga se considera a disposición del destinatario final. En virtud de esto, en caso de existir un pacto previo de envío de la droga, los partícipes de este pacto serían acusados de un delito de favorecimiento del consumo de drogas tóxicas del art. 368 CP. En caso de que se hubiese perfeccionado la compraventa pero no hubiese llegado a efectuarse el transporte, la jurisprudencia ha entendido que se trataría de un supuesto de tentativa⁸¹, sin embargo, en el caso concreto sí ha llegado a efectuarse el transporte, se tiene la posesión de la droga y se ha iniciado su transporte a España. La existencia de acuerdo para la adquisición de la droga con disponibilidad de la misma por parte del vendedor consuma el delito para vendedor y comprador, aun cuando no se hubiese efectuado la entrega, pues la compraventa civil se perfecciona con el acuerdo. El delito queda consumado respecto de los destinatarios, aunque la sustancia fuese intervenida por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. El tráfico existe desde el momento en que una de las partes pone en marcha los mecanismos de transporte de droga⁸². Para la consumación del delito basta tener una disponibilidad potencial de la droga, sin que sea necesario una posesión material. La jurisprudencia considera que existe posesión mediata en los casos de concierto previo para el envío y entrega de la droga⁸³. Lo esencial es que el objeto esté de alguna forma sometido a la voluntad del sujeto⁸⁴.

La jurisprudencia admite tentativa para quienes colaborando accesoriamente y secundariamente en los pasos previos a la entrega de la droga al destinatario final, no hayan intervenido en la operación para traer la droga, no sean destinatarios de la mercancía, y no lleguen a tener la disponibilidad efectiva sobre la droga intervenida. En este caso, entendemos que si Trans. Terras de Soneira SL, tuviese conocimiento del tráfico de drogas y posteriormente del transporte marítimo fuese a transportar la droga hasta el destinatario incurriría en un caso de tentativo al no llegar a tener disponibilidad efectiva sobre la droga por ser incautada por las autoridades.

Serían acusados en concepto de coautoría puesto que realizan conjuntamente el hecho delictivo, y en este ámbito es difícil apreciar formas participativas, puesto que se consideran autores del delito todos aquellos que promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas.

El art. 369 establece una serie de agravantes que imponen la pena superior en grado a la de art. 368. Entre estas agravantes encontramos la notoria importancia de la cantidad de la droga. La sala segunda del TS en un Acuerdo de Pleno de 19 de octubre de 2001, decidió que la calificación de notoria importancia se determinara a partir de 500 dosis referidas al consumo diario que aparece actualizado en el Informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001. El fundamento de esta agravante es el mayor riesgo para el bien jurídico que se deriva de la potencial puesta en circulación y consumo de grandes cantidades de droga⁸⁵. Si el consumo medio de cocaína para un adicto es de 1.5 gramos⁸⁶, la cualificación de notoria importancia sería esa cantidad multiplicada por 500, es decir, 750 gramos. De acuerdo con el TS, no se divide la cantidad de droga entre todos los intervinientes, sino que se les aplica a todos la agravante por igual, salvo que

⁸¹ SAP de Madrid de 28 de febrero de 2012, (JUR 2012\136294), Aranzadi.

⁸² SAP de Toledo de 31 de enero de 2007, (JUR 2007\133206).

⁸³ SAP de Alicante de 29 de marzo de 2001 (ARP 2001\147), Aranzadi.

⁸⁴ STS de 7 de octubre de 2009 (RJ 2009/5990), Aranzadi.

⁸⁵ STS de 1 de marzo de 2000 (RJ 2001/1914), Aranzadi.

⁸⁶ Esta dosis de consumo diario estimado se fija en el Acuerdo de Pleno del TS de 19 de octubre de 2001.

sea posible individualizar la conducta de cada uno⁸⁷. Nos encontraríamos ante un supuesto que excede notablemente de la cantidad de notoria importancia puesto que la droga se incautó en la cantidad de 860 kg de cocaína. A los responsables penales se les aplicaría el artículo 370 CP. El art. 370 CP permite elevar las penas del art. 368 CP en uno o dos grados, y entendemos que el supuesto de hecho se encuadraría en el art. 370.3 CP que se refiere a las conductas de extrema gravedad. El art. 370 CP aclara acogiéndose en parte a la interpretación jurisprudencial qué ha de entenderse por extrema gravedad: casos en que la cantidad de las sustancias exceda notablemente la considerada de notoria importancia, o en que se haya utilizado buques o aeronaves como medio de transporte específico, cuando se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más circunstancias previstas en el art. 369.1 CP. El último párrafo prevé la imposición de una multa del tanto al triplo del valor de la droga en los supuestos de los números 2º y 3º. En el caso objeto de análisis los sujetos responsables reúnen tres de los supuestos que establece el art. 370 CP, puesto que la cantidad de droga incautada excede notablemente de la cantidad de notoria importancia, además, se utiliza un buque para su transporte y se realiza la operación del tráfico de drogas simulando operaciones de comercio internacional, en concreto, simulando una compraventa internacional. Por ello podría agravarse la pena prevista en el art. 368 CP en uno o dos grados, pasando de imponerse una pena de prisión de 3 a 6 años a poder llegar a imponerse una pena de prisión de 9 años y 13 años y 6 meses. Además, podría imponerse una multa del tanto al triplo del valor de la droga. Esta sería la pena aplicable a las personas físicas que intervinieren y al capitán siempre si se demuestra el dolo. Si a Trans Terras del Soneira SL se le acusase por tentativa, la pena prevista sería la inferior en uno o dos grados. Además, si las personas físicas actuasen en el ejercicio de su profesión se les podría aplicar la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión prevista en el art. 372 CP con una duración de entre tres y diez años.

Sin embargo, a las personas jurídicas que participaren en este supuesto, que parecen que previsiblemente puedan ser Difrusr SL, Tufrutasur SA y Navegando SA se les aplicaría el art. 369 bis CP que establece las sanciones aplicables a una persona jurídica cuando ésta sea responsable del tráfico de drogas, y las prevé en multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de 5 años, y multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de 2 años no incluida en el inciso anterior. En este caso, la persona jurídica tiene una pena prevista de más de 5 años, así que se le impondría una pena de multa de dos a cinco años o del triple al quíntuple del valor de la droga, que parece que por la cantidad de droga encontrada podría ser más elevada.

V.3. Conclusiones

Al capitán y a los responsables penales personas físicas se les acusaría por un delito de tráfico de drogas, previsto en el art. 368 CP agravado por el art. 370.3 CP al tratarse de un caso de extrema gravedad, por exceder notablemente la cantidad de notoria importancia, simular operaciones de comercio internacional y utilizar un buque. A los

⁸⁷ STS de 20 de enero de 1998 (RJ 1998/23), Aranzadi; STS de 17 de septiembre de 2002 (RJ 2002\8343), Aranzadi.

responsables penales personas jurídicas se les establecería las penas previstas en el art. 369 bis CP, previstas en el apartado a). Al cargador y al destinatario se les acusaría de un delito consumado de favorecimiento del tráfico de drogas si se prueba la existencia de un acuerdo previo para concertar el envío del cargamento de droga, en cambio, al porteador y al capitán se les acusaría por realizar el transporte que se considera un acto de tráfico consistente en favorecer el consumo ilegal de drogas tóxicas. Al porteador efectivo Trans. Terras de Soneira se le podría acusar en grado de tentativa, por no participar en el pacto previo, no haber adquirido disponibilidad efectiva sobre el cargamento, tener una participación accesorio y no ser el destinatario. Mientras que no se demuestre que en ellos concurría dolo, conocimiento y voluntad de realizar el hecho típico, prevalecerá el derecho a la presunción de inocencia.

VI. SEGURO MARÍTIMO DE MERCANCÍAS.

VI.1. Seguro marítimo

El contrato de seguro marítimo viene regulado en el Título VIII de la LNM (arts. 406 a 467). Según el derecho comunitario europeo y en nuestro ordenamiento, los seguros marítimos son calificados como seguros de grandes riesgos, esto significa que, los contratantes tienen libertad para elegir la ley aplicable y, además, que la ley se aplica de forma dispositiva excepto en las embarcaciones de recreo que se rigen obligatoriamente por la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro⁸⁸. En el ordenamiento jurídico español, la calificación de los seguros marítimos como seguros de grandes riesgos es consecuencia del art. 107.2.a LCS, que considera como grandes riesgos los seguros de vehículos marítimos, lacustres y fluviales, mercancías transportadas, incluidos los equipajes, y demás bienes transportados y la responsabilidad civil de los vehículos marítimos, lacustres y fluviales, incluida la responsabilidad del porteador.

Las disposiciones de la LNM tienen carácter dispositivo, salvo que se establezca expresamente lo contrario. Esto lo diferencia de la LCS, cuyas disposiciones tienen carácter obligatorio sin que valga pacto en contrario. En este ámbito existe una contratación entre empresarios. Debido al carácter dispositivo, tienen especial importancia los formularios preferentemente redactados en inglés y sometidos al derecho inglés. Las partes pueden pactar las condiciones que consideren adecuadas. Es habitual que el contrato se documente en pólizas ya impresas. En España existen dos pólizas tipo, pero la presencia de los formularios ha producido la incorporación de cláusulas inglesas del Instituto de Aseguradores de Londres. En la práctica, se suele utilizar la póliza tipo española para las condiciones generales y redactar las condiciones particulares según las Cláusulas del Instituto de Aseguradores de Londres.

El seguro marítimo es un contrato que no aparece definido en la Ley, pero podríamos definirlo como el contrato por el que el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado, a cambio de una prima y dentro de los límites convenidos, los daños patrimoniales que sufran los intereses asegurados con ocasión de la navegación marítima⁸⁹.

⁸⁸ BOE núm. 250 de 17 de octubre de 1980, en adelante LCS.

⁸⁹ SAP de Baleares de 6 de junio de 2016 (JUR 2016/156912), Aranzadi.

El seguro marítimo es un contrato bilateral, consensual, oneroso, sinalagmático, de tracto sucesivo, de buena fe superlativa, sometido a una pluralidad de riesgos propios de la navegación marítima y a una diversidad de intereses⁹⁰.

Se trata de un contrato de buena fe superlativa. El asegurado, en su declaración, tiene que cumplir una serie de requisitos, que permitan al asegurador conocer la realidad de la naturaleza y características del riesgo asegurado.

La cobertura es únicamente frente a riesgos de mar, que son aquellos riesgos que nacen o se desarrollan en el mar. Se incluyen los riesgos que se producen antes o después de la navegación marítima, si tienen una relación directa con la navegación, por ejemplo, el seguro marítimo de mercancías cubre las operaciones de carga y descarga. El seguro marítimo se rige por el principio de universalidad del riesgo, al asegurado le basta demostrar que el siniestro se produjo por un riesgo de mar, sin necesidad de probar exactamente la causa de la pérdida o el daño.

Ni la LNM ni la LCS definen los elementos personales del contrato, pero sí contemplan reiteradamente las figuras del asegurador, del asegurado y del tomador del seguro⁹¹.

El asegurador. Debe tener forma de sociedad anónima, mutua de seguros o cooperativa de seguros. Para ejercer la actividad aseguradora necesita una autorización administrativa previa. El objeto social debe ser exclusivamente la contratación de seguros y reaseguros y demás actividades preparatorias o complementarias a las de seguro y capitalización. Los contratos celebrados por un asegurador no autorizado o transgrediendo los límites de la autorización son nulos de pleno derecho. Cualquier entidad aseguradora domiciliada en un país comunitario puede desarrollar libremente actividades en España. La realización del siniestro genera la obligación de indemnizar el daño. Ésta es la obligación única y esencial del asegurador⁹².

El asegurado es la persona física o jurídica, titular del interés asegurado y del derecho al cobro de la indemnización. Tiene la obligación del pago de la prima. El tomador del seguro perfecciona el contrato y está obligado al pago de la prima. Cuando el tomador y el asegurado son personas distintas, las obligaciones y deberes que deriven del contrato corresponden al primero y los derechos al segundo⁹³.

El beneficiario es la persona legitimada para exigir la indemnización al asegurado, es habitual que el seguro marítimo sea calificado por cuenta ajena. En este ámbito es habitual concertar el seguro bajo dos modalidades; el seguro por cuenta ajena y el seguro por cuenta de quien corresponda. En el seguro por cuenta ajena, el tomador recibe el encargo de celebrar en nombre propio, ocultando el nombre de su mandante o el concepto en que contrata. En el seguro por cuenta de quien corresponda, no hay mandato, el tomador estipula el contrato en nombre propio y por cuenta de un futuro beneficiario, el que resulte del interés asegurado. En ambos seguros, el asegurado permanece oculto y se da a conocer cuando acaecido el siniestro, ejerce los derechos nacidos del contrato⁹⁴. La LNM, exige

⁹⁰ ARROYO MARTÍNEZ, I. *Curso de Derecho Marítimo: (Ley 14-2014, de navegación marítima)*, op. Cit., pp. 800-802.

⁹¹ GABALDÓN GARCÍA, J.L. *Compendio de Derecho marítimo español: complementario al "Curso de derecho marítimo"*, op. Cit., p.229.

⁹² SAP de Baleares de 6 de junio de 2016 (JUR 2016/156912), Aranzadi.

⁹³ STS de 31 de marzo de 1997 (RJ 1997/2481), Aranzadi.

⁹⁴ STS de 17 de septiembre de 1984 (RJ 1984/4298), Aranzadi y STS de 21 de julio de 1989 (RJ 1989/5771), Aranzadi.

que el contrato se concierte por cuenta de quien sea titular del interés en el momento del siniestro.

VI.2. Seguro marítimo de mercancías.

Dentro de los intereses expuestos a los riesgos propios de navegación marítima que pueden ser objeto de seguro marítimo, el art. 409 LNM, se refiere en su apartado c) al cargamento o mercancías que son objeto de transporte marítimo. La LNM dedica la sección 2ª del Capítulo III del Título VIII que comprende los arts. 453 a 462 LNM a regular las disposiciones del seguro marítimo de mercancías.

Entendemos que en el caso concreto se ha concertado un seguro marítimo de mercancías, también denominado como seguro de facultades⁹⁵. En la LNM también es llamado seguro de cargamento. El seguro de mercancías cubre el daño que puedan sufrir las mercancías durante el transporte, y éstas pueden viajar con destino distinto del cargador, siendo además el destinatario persona distinta del cargador o de quién contrató el seguro.

El seguro de mercancías puede contratarse tanto por cuenta ajena como por cuenta de quien corresponda, puesto que la circulación del conocimiento de embarque significa la transmisión del interés asegurado y el cambio de legitimación. En el presente caso, quien contrata el seguro es Tufutasur SA por cuenta de Difrusur SL. El titular del interés asegurado sería Difrusur SL mientras que Tufutasur SA sería el tomador, siendo Marseguritas el asegurador.

Estas mercancías están sometidas a un riesgo. Y el riesgo está compuesto por tres elementos; la incertidumbre, el evento dañoso y el azar. El contrato es nulo si en el momento de su conclusión no existía el riesgo o había ocurrido el siniestro (art. 4 LCS). En cambio, en el ámbito marítimo existe una excepción, puesto que el contrato de seguro celebrado con posterioridad al siniestro o la cesación del riesgo, es nulo solo cuando alguna de las partes conociese tal circunstancia (art. 422 LNM).

El tomador del seguro, en este caso, Tufutasur SA, tiene la obligación de declarar al asegurador, antes de la conclusión del contrato, todas las circunstancias que conoce, o que razonablemente debe conocer, que puedan influir en la apreciación del riesgo por un asegurador prudente. Si el contrato se celebrase por cuenta de otra persona, el deber de declaración debe extenderse a las circunstancias conocidas o que deba conocer ésta. El tomador o el asegurado debe comunicar al asegurador, durante la vigencia del contrato, todas aquellas circunstancias que agraven el riesgo y sean de tal naturaleza que, si fueran conocidas por éste en el momento de perfeccionar el contrato, éste no se habría celebrado o se habría concluido en condiciones más gravosas. En caso de que, se realizase una declaración incompleta o inexacta, el asegurador tiene derecho a resolver el contrato en el plazo de un mes desde el conocimiento de la reserva o de la inexactitud. Corresponderán al asegurador, salvo que concurra dolo o culpa grave por su parte, las primas relativas al período en curso en el momento de la resolución. Si el siniestro sobreviene antes de que el asegurador tenga conocimiento de la reserva o inexactitud, o antes de que transcurra el plazo señalado, la prestación del asegurador se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. Sin embargo, quedará liberado si medió dolo o culpa grave de tomador o del asegurado. La jurisprudencia ha establecido que concurre dolo o culpa grave en las declaraciones que tienen como finalidad el engaño

⁹⁵ ARROYO MARTÍNEZ, I: *Compendio de Derecho Marítimo: (Ley 14-2014, de navegación marítima)*, op. Cit., p.386.

de asegurador⁹⁶. El contrato de seguro es un contrato de máxima buena fe o *uberrimae bonae fidei*, y cada uno de los contratantes debe comportarse con la más alta lealtad, sinceridad y colaboración, comunicando al otro contratante los datos del seguro de interés en la apreciación del riesgo, pues solo así podrá determinarse el importe de la prima⁹⁷. En el supuesto de hecho, entendemos que si Tufrutasur SA conociese en el momento de concertar el seguro la existencia del cargamento de droga entre sus mercancías estaría incumpliendo su deber de declaración, y estaría actuando dolosamente.

El seguro de mercancías está sometido al principio de universalidad del riesgo⁹⁸. En seguro marítimo la determinación de los riesgos se aplica para la exclusión, la cobertura se extiende a todos los riesgos de la navegación, salvo los supuestos excluidos en la póliza o en la Ley (arts. 406 y 417 LNM). Los riesgos incluidos son los riesgos de la navegación, es decir, cualquier evento que tenga relación con el mar o se produzca como consecuencia de la navegación marítima, por lo que, el asegurador debe probar la exclusión del riesgo. Y éste debe indemnizar todos los supuestos de causa desconocida. Al asegurado le basta para obtener la indemnización, con demostrar que el siniestro se produjo por un riesgo de mar, sin necesidad de probar exactamente la causa de la pérdida o el daño⁹⁹. Conforme a la doctrina, acreditado que el daño se produjo durante el transporte marítimo, recaerá la carga de la prueba sobre la aseguradora, que deberá acreditar que el concreto siniestro estaba excluido de la póliza. El seguro marítimo se diferencia, por lo tanto, del seguro terrestre, que se basa en el principio de particularidad del riesgo.

Existen exclusiones legales (art. 418 LNM) y son válidas las cláusulas de exclusión, salvo el dolo que está prohibido legalmente (art.419 LNM). Resulta habitual distinguir entre riesgos incluidos y excluidos. El carácter dispositivo de la Ley permite ampliar o reducir estos supuestos. Salvo pacto en contrario, no se cubren los riesgos extraordinarios, ni el vicio propio, ni el desgaste natural.

La LNM sí establece riesgos excluidos en su art. 418 LNM, y menciona en el art. 418 b) la captura, el embargo la detención por orden de alguna autoridad nacional o extranjera. En el supuesto de hecho, el cargamento de droga, es capturado por las autoridades nacionales, por lo que, la entidad aseguradora, Marseguritas, no debe responder de ese cargamento de droga, al ser objeto de captura por las autoridades nacionales, pero sí sobre el resto de mercancía dañada al no haber sido esta incautada por las autoridades.

Un supuesto de exclusión es el dolo o culpa grave del asegurado o de sus dependientes. Cuando hablamos de dolo, nos referimos a un dolo civil, tiene que ser un hecho consciente y voluntario del asegurado que quiere que se produzca el siniestro.

⁹⁶ STS 24 de junio de 1999 (RJ 1999/4486), Aranzadi; STS de 14 de junio de 2006 (RJ 2006/3132), Aranzadi y STS de 3 de junio de 2008 (RJ 2008/4171), Aranzadi, ente otras.

⁹⁷ CAMPUZANO, A.B: “El contrato de seguro marítimo”, en *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima* (CAMPUZANO, A.B Dir. y SANJUÁN, E. Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 455-456.

⁹⁸La SAP de Pontevedra de 14 de noviembre de 2016 (JUR 2916/268626), Aranzadi establece que “*El seguro marítimo se encuentra presidido, como dijimos, por un principio de universalidad del riesgo, comprendiendo en principio un conjunto heterogéneo de riesgos que amenazan a los intereses asegurados durante la navegación, abarcando por tanto una pluralidad heterogénea de siniestros, que las pólizas suelen recoger con amplitud, como sucede en el caso. Como interpreta la doctrina, esta característica (que está en el origen de esta modalidad de seguro, que precedió incluso al resto de modalidades) dota al seguro marítimo, en relación con la cobertura de siniestros, de un efecto expansivo, a salvo de que la aseguradora haya tenido la cautela de excluir expresamente en la póliza riesgos concretos*”.

⁹⁹ SAP de Islas Baleares de 6 de junio de 2016 (JUR 2016\156912)

Además, entre los supuestos excluidos, encontramos la baratería del capitán y demás miembros de la tripulación. La baratería es equiparable a la conducta grave, fraudulenta y dolosa del capitán o de la tripulación.

Quedan excluidos los daños consecuencia del vicio propio o la naturaleza intrínseca del objeto asegurado y los que tengan por causa el desgaste natural (art. 420 LNM). En palabras de Rodríguez Carrión, por vicio propio se ha de entender una cualidad inherente e inseparable de la sustancia que lo constituye y que por virtud de determinadas circunstancias puede causar con su propia acción, y con el transcurso del tiempo, su destrucción o deterioro, sin la intervención de un agente externo y sin la concurrencia de su transporte¹⁰⁰. Los daños y la pérdida de las mercancías, en el supuesto que es objeto de estudio, no se deben a vicio propio, puesto que, en caso de no producirse la avería en el buque, las mercancías no se hubiesen dañado.

Los intereses asegurables son el objeto del contrato de seguro marítimo. El interés asegurable es la relación económica de un sujeto con una cosa, por lo que, el objeto del seguro marítimo de mercancías no son las mercancías, sino las relaciones económicas en que el sujeto interesado puede encontrarse con dichas cosas¹⁰¹. Lo que se asegura es el interés que se tiene sobre la cosa, no la cosa en sí, el interés que tenga el asegurado sobre cualquier cosa u objeto expuesta a los riesgos de la navegación¹⁰². La LNM exige la existencia del interés asegurado como presupuesto del contrato. Podrán ser objeto de seguro, los intereses patrimoniales legítimos, presentes o futuros, expuestos a los riesgos de la navegación. La inexistencia de interés determina la nulidad del contrato, salvo que alguna de las partes tuviera conocimiento de ello. Para que un determinado interés pueda ser objeto del seguro marítimo debe reunir cuatro requisitos.

El primer requisito es que la relación de la persona con la cosa esté sometida a los riesgos de la navegación y que exista de verdad un interés amenazado por un riesgo marítimo. Es una práctica habitual contratar el seguro marítimo en condiciones de interés presunto, presumiendo en favor del asegurado la existencia del interés y la validez del contrato; pero el asegurador puede destruir esa presunción mediante la prueba de la inexistencia de la relación económica entre el asegurado y la cosa.

El segundo requisito es que sea lícito pues la ley prohíbe con carácter general los contratos causa u objeto ilícito. La ley exige la existencia de intereses patrimoniales legítimos.

El tercer requisito es que la relación sea de naturaleza económica. Debe tratarse de intereses patrimoniales, el interés puede recaer no solo sobre las mercancías sino sobre el interés patrimonial.

El cuarto requisito establece que el seguro no puede contratarse sobre intereses inexistentes o cuando se hubiere valorado intención fraudulenta. Los pactos contractuales en los que se establezca una presunción de la existencia del interés admitirán en todo caso prueba en contrario (art. 408.2 LNM).

Por lo que, en el caso de incautarse un cargamento de droga, entendemos que, si Tufrutasur SA y Difrusur SL desconocían su existencia, el seguro sólo será nulo parcialmente por existir un interés lícito y existente sobre las mercancías dañadas. En cambio, si el interés del tomador y el asegurado tan sólo era la droga, y la mercancía tan

¹⁰⁰ RODRÍGUEZ CARRIÓN, J.L.: *Estudios de seguro marítimo*, Editorial Bosch, Barcelona, 1992, p.173-174.

¹⁰¹ SAP de Islas Baleares de 6 de junio de 2016, (JUR 2016/156912), Aranzadi.

¹⁰² URÍA GONZALEZ, R: *El seguro marítimo*, Editorial Bosch, Barcelona, 1940, p.75

solo era una mercancía utilizada para ocultar la droga sin interés sobre ella, el seguro decaería nulo por no existir un interés asegurable, ya que no se aseguran los intereses ilícitos.

La valoración del interés asegurable de las mercancías se fija según lo pactado, y supletoriamente teniendo en cuenta su valor en origen incrementado con los gastos de transporte, aduana y el beneficio esperado (art. 454 LNM). En el caso de querer asegurar un margen de beneficio superior al 10% del valor en origen de las mercancías, habrá que declararlo expresamente en la póliza o certificado (art. 455 LNM). Con las mercancías cargadas se presumen asegurados sus accesorios (envases, embalajes, etc.) si su valor no fuere relevante. En la práctica, prevalece el valor de destino si están destinadas a la venta y el de factura cuando no lo están, si bien la jurisprudencia acepta el valor de la factura comercial más los gastos de embarque, flete y aduanas¹⁰³.

El ámbito temporal se inicia en el momento de dejar en tierra para su embarque, y finaliza cuando estén en tierra en el puerto de destino (art. 455 LNM). Si se hubiera pactado la “cláusula de almacén a almacén” la cobertura se extiende desde el momento en que las mercancías abandonan el almacén de origen en el lugar fijado en la póliza hasta que llegan al de destino en el lugar determinado en la póliza. Si el seguro se hubiera contratado sobre mercancías en viaje, la cobertura comienza a las cero horas del día de la conclusión del contrato (art. 457 LNM). El seguro cubre todo el viaje. Se extiende a los cambios de viaje o rutas ajenos a la voluntad del asegurado (art. 460 LNM). La Ley dispone su extensión a las fases no marítimas del transporte, siempre que sean accesorias del viaje marítimo.

En caso de siniestro cubierto por el contrato de seguro, el asegurador está obligado a indemnizar al asegurado en las condiciones estipuladas en la póliza, correspondiendo al asegurado la prueba de la existencia y del alcance del daño (art. 429 LNM). La indemnización se producirá de acuerdo con las condiciones estipuladas en la póliza, salvo en los supuestos de exclusión de responsabilidad por dolo o culpa grave del asegurado o de sus dependientes en la producción del daño. La liquidación del siniestro en el ámbito del seguro de mercancías puede hacerse de dos maneras: pago de la indemnización pactada por los daños al objeto asegurado (acción de avería) o el abandono del bien asegurado (acción de abandono). La elección de una u otra vía depende del asegurado, el abandono solo será posible en el seguro de las mercancías¹⁰⁴.

Además, entendemos que si el buque fuera de 300 o más toneladas de arqueo bruto debería suscribir un contrato de seguro obligatorio que cubra las reclamaciones de derecho marítimo previstas en el Protocolo 96/1976. El propietario registral, el arrendatario a casco desnudo u otra persona responsable de la explotación de buques de 300 o más toneladas de pabellón español y los extranjeros en el mar territorial español tendrá el deber de contratar este seguro que se prevé en el art.254 TRLPMM y ha sido desarrollado en el Real Decreto 1616/2011 de 14 de noviembre que se dicta en trasposición de una directiva europea y en cumplimiento de una resolución de la Asamblea de la Organización Marítima Internacional.

VI.3. Consecuencias del hallazgo de la droga sobre una posible indemnización.

¹⁰³ STS de 23 de julio de 1998 (RJ 1998/6200), Aranzadi y STS de 2 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8773), Aranzadi.

¹⁰⁴ ISERN SALVAT, M.R.: “La subrogación del asegurador en la Ley de Navegación Marítima”, en AA VV, *El Derecho marítimo de los nuevos tiempos* (GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L, QUINTÁNS EIRAS, M.R, DÍAZ DE LA ROSA, A. dir), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2018, pp. 1099 y 1100.

El contrato debe estar referido a cualquier objeto cuyo tráfico es libre y está permitido (art. 1271 CC). Esto significa que todo contrato debe recaer sobre cosas que estén en el comercio de los hombres. La mercancía ilícita no se cubre, y el resto sí porque es lícita y recae sobre ella un interés asegurable. El objeto del contrato es lícito, puesto que sería el interés que se tiene sobre las mercancías, y estas mercancías son un objeto que está en el comercio de los hombres puesto que la mercancía que se cargaba en contenedores, la fruta, era legal, sin embargo, el cargamento de droga es mercancía ilícita y, por lo tanto, el contrato en lo referido a la droga sería nulo, puesto que es nulo el seguro que recaiga sobre intereses ilícitos. Es decir, el hallazgo del cargamento de droga, produciría una nulidad parcial del contrato, pues continuaría vigente respecto de las mercancías, ya que el objeto del contrato respecto a éstas es lícito, pero no sobre la mercancía ilícita. Además, en este supuesto, podría incurrirse en una de las causas de exclusión establecidas en el art. 418 LNM, puesto que, el cargamento de droga es capturado por las autoridades españolas, por ello, entendemos que la causa excluiría de cobertura a la mercancía incautada por las autoridades españolas, pero no el resto de mercancía, puesto que el acto de la fuerza actuante no se dirigió contra la mercancía dañada, sino contra la mercancía de ilícito comercio, por lo que, igualmente produciría una nulidad parcial.

En caso de que el tomador conociese que junto a las mercancías se hallaba un cargamento de droga, el contrato decaería nulo. Esto se debe a que nos encontraríamos ante un incumplimiento del deber de declaración del riesgo del tomador del art. 423 LNM en el que incurriría dolo del asegurado. En este caso, se produciría la nulidad total del contrato de seguro de mercancías, y el asegurador quedaría liberado. La jurisprudencia equipara la mala fe con el dolo, que puede provenir de un acto ilícito o mala fe¹⁰⁵. En este caso, el tomador estaría actuando con dolo, conociendo el cargamento de droga, y ocultándolo con intención de engañar a la aseguradora. Además, en caso de que el cargador, que es a su vez el tomador del seguro, cargase voluntariamente la droga, podríamos encontrarnos ante un supuesto de inexistencia de interés asegurable, en caso de que el interés de cargador y destinatario estuviese centrado en el cargamento de la droga, y no en la mercancía. Para que exista el seguro es necesario que exista una relación del sujeto con una cosa. Pueden ser objeto de seguro los intereses patrimoniales legítimos, presentes o futuros, expuestos a los riesgos de la navegación. Si el interés del asegurado es la droga, no existiría un interés respecto de las mercancías, y el interés sobre el cargamento de droga no puede ser asegurado por ser ilícito, por lo que, no existiría un interés asegurable y el contrato sería nulo (art. 408 LNM). También, la LCS, que es de aplicación supletoria, establece en su art. 25 LCS que, si en el momento de su conclusión no existiese un interés asegurado, el contrato de seguro de daños es nulo.

VI.4. Conclusiones

El seguro contratado por el cargador es un seguro marítimo de mercancías y, entendemos que si el buque tuviese un arqueo bruto igual o superior a 300 toneladas debería contratar un seguro obligatorio que cubra las reclamaciones de derecho marítimo previstas en el Protocolo 96/1976. El hallazgo del cargamento oculto de drogas podría suponer bien la nulidad parcial bien la nulidad total del contrato de seguro.

Apoyamos la nulidad parcial en dos argumentos. En primer lugar, en caso de desconocimiento del tomador y del asegurado, aunque se hallase la droga, el objeto del contrato no sería ilícito, porque el objeto del contrato se refiere al interés sobre las

¹⁰⁵ STS de 10 de julio de 2005 (RJ 2005/5099), Aranzadi.

mercancías y éste es un interés lícito. Lo que sería un interés ilícito sería el interés sobre el cargamento de droga, por lo que, el contrato referido a la droga sería nulo. Por lo que, se declararía la nulidad parcial, continuando el contrato vigente respecto al resto de las mercancías. En segundo lugar, el cargamento de droga incautado se ubicaría en la causa de exclusión prevista en el art. 418 LNM, pero también en este caso hablaríamos de nulidad parcial puesto que la actuación de las autoridades españolas se dirigió contra la droga, pero no contra el resto de mercancías.

Sin embargo, entendemos que nos hallaríamos ante un supuesto de nulidad total en dos supuestos. En primer lugar, cuando el cargador, que es el tomador, conociese el cargamento de droga. En este caso, estaría incumpliendo su deber de declaración del riesgo del tomador del art. 423 LNM, y, además, actuando dolosamente con la intención de engañar al asegurador, por lo que el contrato sería nulo. En segundo y último lugar, entendemos que, si la finalidad del contrato concertado entre Tufutasur SA y Difrusur SL fuese el envío de la droga, nos encontraríamos ante un supuesto de inexistencia de interés asegurable. Puesto que, ambas partes carecerían de interés por la mercancía dañada, centrándose su interés en el cargamento de droga, y este interés es un interés ilícito que no podría ser asegurado.

CONCLUSIONES FINALES

En primer lugar, nos referimos a la inscripción del buque. El buque Anastasia C es un bien mueble registrable. Para conocer qué requisitos debe cumplir el buque para su inscripción en los registros correspondientes debemos destacar que existen dos sistemas registrales, por un lado, el sistema registral unitario y, por otro, el sistema registral dual que es el sistema seguido por España. El buque debe ser inscrito, por lo tanto, en dos registros, en un registro administrativo y en un registro jurídico. La inscripción en el registro administrativo puede realizarse en el registro general, el RBEN, o en el registro especial, el REBECA. Además, el buque debe ser obligatoriamente inscrito en un registro jurídico, el RBM. Para ser inscrito el buque tiene que cumplir una serie de requisitos establecidos en distintos cuerpos normativos. Para ser inscrito en el RBEN el buque tiene que ser uno de los objetos inscribibles que prevé el art.1 RDAb, y debe cumplir los requisitos establecidos en los arts. 252 y 253. Para ser inscrito en el REBECA, el buque debe cumplir los requisitos establecidos en la Disposición Adicional 16ª TRLPEMM. Los requisitos establecidos para la inscripción en el RBEN y en el REBECA son prácticamente iguales, las principales diferencias son los beneficios fiscales y en la Seguridad Social que proporciona la inscripción en el REBECA. Y, en último lugar, el buque debe inscribirse obligatoriamente, tras la inscripción en el RBEN o en el REBECA, en el RBM. Esta inscripción es obligatoria tal y como establece el art. 251 TRLPEMM, y para ser inscrito tiene que ser uno de los objetos inscribibles del art. 69 LNM. El buque Anastasia C, tras ser correctamente inscrito, adquiere la nacionalidad española y enarbola pabellón español. Por lo que le será aplicable la legislación española.

En segundo lugar, en el supuesto de hecho se conciertan una serie de contratos de transporte. Primeramente, se perfecciona un contrato de transporte multimodal que se caracteriza por la utilización de distintos modos de transporte. El contrato de transporte multimodal es un contrato atípico que carece de regulación propia. Para que nos encontremos verdaderamente ante un contrato de transporte multimodal, además de la combinación de distintos modos de transporte, es necesario que exista un documento que cubra la totalidad del transporte, es decir, es necesario que exista un DTM que cubra todos los trayectos que comportan el transporte multimodal y que cubra la responsabilidad de todo el transporte. Además, en este tipo contractual es necesaria la existencia de un porteador contractual que asuma la responsabilidad de la totalidad del transporte. En el supuesto de hecho se refleja la existencia de un conocimiento de embarque, pero para que nos encontremos ante un transporte multimodal es necesario que este conocimiento de embarque indique su vinculación al DTM porque sin la existencia de un único contrato que abarque la totalidad del transporte, nos hallaríamos ante un transporte segmentado en el que también se utilizan distintos modos de transporte, pero cada uno de ellos se representa en un contrato diferente y los porteadores asumen únicamente la responsabilidad del trayecto que ejecutan personalmente. Por lo que, entendemos que en el supuesto el conocimiento de embarque debe indicar su vinculación a un DTM que cubra la totalidad del transporte. Además, este transporte multimodal consta de una fase marítima para la que se concierta un contrato de fletamento en régimen de conocimiento de embarque regulado en el art. 205 LNM y de una fase terrestre para la que se concierta un contrato de transporte de mercancías por carretera que se regula en el art. 2 LCTTM. En ambas fases, pueden emitirse documentos parciales como un conocimiento de embarque o una carta de porte, pero éstos deben indicar su vinculación al DTM. Además, se concreta un contrato de fletamento de nido o espacio que consiste en la disponibilidad sobre el espacio que ocupan en el buque los diez contenedores de fruta. Como consecuencia del transporte multimodal, la Ley aplicable al caso concreto es la Ley

reguladora del tramo de transporte en el que se produjo el accidente que, en el caso concreto, es la LNM, ya que rige en este ámbito el *network liability system*.

En tercer lugar, como consecuencia de este sistema, al porteador o naviero se le aplicará el régimen de responsabilidad dispuesto en la normativa marítima. El porteador marítimo es a su vez el naviero, por lo que, por la pérdida o daños en las mercancías se le pueden aplicar dos regímenes de responsabilidad. En primer lugar, puede serle de aplicación el régimen de responsabilidad del porteador que aparece regulado en los arts. 277 a 285 LNM y en las RHV. El porteador marítimo tiene un régimen de responsabilidad por culpa y debe responder por los daños o pérdidas de las mercancías en virtud de este régimen, sin embargo, puede limitar su responsabilidad en este ámbito conforme al art. 282 LNM y conforme a las RHV. En segundo lugar, puede serle de aplicación el régimen de responsabilidad del armador o naviero que se regula en el art. 149 LNM y en el Protocolo 96/1976, esto implica que el armador también debe responder por los daños o pérdidas de las mercancías conforme a este régimen, pero puede ver limitada su responsabilidad conforme al Título VII LNM y al Protocolo 96/1976. En resumen, el armador porteador debe responder por el daño a las mercancías, pero el art. 395 LNM le permite elegir el régimen de limitación al que quiere someterse, puede someterse al régimen de limitación general aplicable al naviero o al régimen de limitación específico establecido para el porteador marítimo de mercancías, pudiendo optar por el que le resulte más favorable.

En cuarto lugar, el ser incautada entre la mercancía un cargamento de droga entendemos que se podría acusar al porteador y al capitán de haber incumplido el deber de custodia y vigilancia establecidos en los arts. 220 y 223 LNM. En primer lugar, consideramos que, si el cargamento de droga se hubiese introducido una vez finalizadas las operaciones de carga, el porteador marítimo y el capitán como representante de aquél habrían incumplido el deber de custodiar las mercancías durante todo el trayecto del transporte marítimo. En segundo lugar, entendemos que si el cargamento de la droga fuera introducido por el cargador entre las mercancías, como parece probable al encontrarse ésta dentro de las piñas, habría diferencias en función del régimen aplicable al transporte. Para analizar el deber de vigilancia, tendremos en cuenta las dos cláusulas de uso más frecuente en el transporte mediante contenedores, estas cláusulas son la cláusula FCL y la cláusula LCL. Si el transporte se efectuara bajo la cláusula FCL, el porteador y su capitán, carecerían de responsabilidad ya que siempre que los precintos estén sellados e intactos el porteador y el capitán no responden de su interior. Sin embargo, si el transporte se efectuara bajo la cláusula LCL o no se especificase ninguna cláusula, el porteador y su capitán incumplirían su deber de vigilancia y de comprobación de las mercancías, puesto que es el porteador el encargado del llenado de los contenedores. El deber de comprobación de las mercancías, no se prevé expresamente en nuestra LNM, pero consideramos que este deber se deriva de la institución de las reservas prevista en los arts. 257 a 259 LNM, puesto que no podría efectuar reservas sobre el estado de las mercancías en caso de no poder comprobar su estado. Además, entendemos que el porteador al incumplir el deber de custodia y vigilancia, incumple su deber de diligencia profesional del art. 1104 CC.

En quinto lugar, en el supuesto de hecho nos encontramos ante un delito contra la salud pública del art. 368 CP. Al capitán y a los responsables penales personas físicas se les acusaría por un delito de tráfico de drogas del art. 368 CP agravado por el art. 370.3 CP, puesto que se trata de un supuesto de extrema gravedad ya que la cantidad de droga incautada excede notablemente de la cantidad de notoria importancia, se utiliza un buque para el transporte de drogas y además se simulan operaciones de comercio internacional entre empresas. A los sujetos responsables personas jurídicas se les acusaría en virtud del art. 369 bis, y le podrían ser impuestas las penas previstas en el apartado a). Entendemos

que al cargador y al destinatario se les acusaría de un delito consumado de tráfico de drogas si se prueba la existencia de un concierto previo para el envío de la droga. Además, consideramos que al capitán y al porteador se les acusaría igualmente del delito de tráfico de drogas, al realizar el transporte que es un acto favorecedor del consumo ilegal de drogas tóxicas. En último lugar, entendemos que al porteador efectivo Trans. Terras de Soneira se le podría acusar de un delito de tráfico de drogas en grado de tentativa, ya que no participaría en el acuerdo previo, no habría adquirido disponibilidad efectiva sobre la droga, su participación es secundaria, y no es destinatario, ya que la jurisprudencia encuadra este supuesto como tentativa. Pero para poder ser condenados por estos delitos es necesario que se demuestre que actuaron con conocimiento y voluntad de realizar el hecho típico, es necesario el dolo porque sin dolo no existe punibilidad. Mientras no se pruebe el dolo, debe regir el principio de presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

En sexto lugar, el seguro contratado por el cargador es un seguro marítimo, concretamente, un seguro marítimo de mercancías que cubre el daño que pudieran sufrir las mercancías durante el transporte. Además, entendemos que, si el buque tuviese un arqueo bruto igual o superior a 300 toneladas, deberá tener suscrito un seguro obligatorio de responsabilidad civil que cubra las reclamaciones de derecho marítimo previstas en el Protocolo 96/1976. El hallazgo de un cargamento de droga oculto puede suponer dos consecuencias, la nulidad parcial o la nulidad total. En primer lugar, entendemos que, si se desconocía la existencia de la droga, el interés asegurado es un interés lícito, puesto que sería el interés sobre las mercancías, que es un objeto que se encuentra en el comercio de los hombres como exige el art.1271 CC para la validez de los contratos. Las mercancías dañadas son lícitas, lo ilícito es la droga, por lo que, el contrato de seguro continuaría vigente sobre las mercancías, aunque decaería nulo sobre el cargamento de droga ya que no se pueden asegurar intereses ilícitos. Además, entendemos que, aunque una de las causas de exoneración a las que se puede acoger la aseguradora es la de la actuación de las autoridades nacionales sobre las mercancías prevista en el art. 418 LNM, esta actuación no se dirigió sobre todo el cargamento de fruto sino solo sobre la droga, por lo que entendemos que aquí también nos hallaríamos ante un caso de nulidad parcial, puesto que el seguro seguiría vigente respecto de la mercancía legal. Pero consideramos que, en caso de que el tomador conociese el cargamento de la droga, e igualmente contratase el seguro nos hallaríamos ante un supuesto de nulidad total, puesto que el tomador habría incumplido su deber de declaración del riesgo establecido en el art. 423 LNM, y además habría actuado dolosamente intentando engañar a la aseguradora, y además, consideramos que, podríamos encontrarnos ante un supuesto de inexistencia de interés asegurable, si el cargador y el destinatario tan sólo estuvieran interesados en el cargamento de droga y no en el cargamento de la fruta, puesto que, los intereses ilícitos no pueden ser objeto de seguro y el seguro no puede contratarse sobre intereses inexistentes.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

ARROYO MARTÍNEZ, I.: “Ámbito de aplicación de la normativa uniforme: su extensión al transporte de puerta a puerta” en *Anuario de Derecho Marítimo*, N°18, 2001, p. 444.

ARROYO MARTÍNEZ, I.: *Compendio de Derecho Marítimo: (Ley 14-2014, de navegación marítima)*, Tecnos, Madrid, 2017, pp.205- 386.

ARROYO, MARTÍNEZ, I.: *Curso de Derecho Marítimo: (Ley 14-2014, de navegación marítima)*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2015, pp. 398-802.

BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 2017, pp.173-174.

CAMPUZANO, A.B: “El contrato de seguro marítimo”, en *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima* (CAMPUZANO, A.B Dir. y SANJUÁN, E. Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 455-456.

DEL PINO DOMÍNGUEZ CABRERA, M.: *El registro de buques y otros vehículos de la navegación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 191-259.

DÍAZ FRAILE, F.: *La presunción de inocencia y la indemnización por prisión preventiva: crítica del derecho español vigente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p.62.

EMPARANZA SOBEJANO, A., MARTÍN OSANTE, J.M. dir.: *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 382-682.

FRIEYRO ELÍCEGUI, S.: *El delito de tráfico de drogas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp.35-77.

GABALDÓN GARCÍA, J.L.: *Compendio de Derecho marítimo español: complementario al “Curso de Derecho marítimo”*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp.108-229.

GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L, QUINTÁNS EIRAS, M.R, DÍAZ DE LA ROSA, A. dir: *El Derecho marítimo de los nuevos tiempos*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 643-1100.

JOSHI JUBERT, U: *Los delitos de tráfico de drogas I: Un estudio analítico del art.368 CP*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 108-122;

LÓPEZ RUEDA, F.C: “El transporte multimodal en la Ley de Navegación Marítima”, en *Anuario de Derecho Marítimo*, N°. 32, 2015, pp. 91

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp.576-578.

PEINADO GRACIA, J.I.:” El contrato de transporte terrestre (I). El transporte de mercancías y viajeros por carretera” en AA VV, *Lecciones de Derecho Mercantil volumen II* (MENENDEZ, A. dir. y ROJO. A. dir.), Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 151-152.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, J.L.: *Estudios de seguro marítimo*, Editorial Bosch, Barcelona, 1992, pp.173-174.

RODRÍGUEZ DELGADO, J.P.: *El período de responsabilidad del porteador en el transporte marítimo de mercancías*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 71-93.

RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. “Delitos contra la salud pública” en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho Penal* (LAMARCA PÉREZ, C. Coord.), Colex, Madrid, 2013, p. 635.

URÍA GONZALEZ, R: *El seguro marítimo*, Editorial Bosch, Barcelona, 1940, p.75

VALLE TEJADA, V.: *Los contratos para el transporte de mercancías por mar. Aproximación a su regulación en el derecho inglés y español*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 111.

ZÁRATE CONDE, A.: “Delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas” en AA VV, *Derecho penal. Parte especial: obra adaptada al temario de oposición para el acceso a la carrera judicial y fiscal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, p.644-645.

Apéndice jurisprudencial

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

STS de 21 de mayo de 2013, (RJ 2013\8075), Aranzadi.
STS de 26 de mayo de 2011 (RJ 2011\3989), Aranzadi.
STS de 5 de mayo de 2011 (RJ 2011/4274), Aranzadi,
STS de 18 de mayo de 2010 (RJ 2010\5814), Aranzadi.
STS de 7 de octubre de 2009 (RJ 2009/5990), Aranzadi.
STS de 3 de febrero de 2009, (RJ 2009\3433), Aranzadi.
STS de 3 de junio de 2008 (RJ 2008/4171), Aranzadi
STS de 24 de octubre de 2007 (RJ 2007/8131), Aranzadi.
STS de 14 de junio de 2006 (RJ 2006/3132), Aranzadi
STS de 10 de julio de 2005 (RJ 2005/5099), Aranzadi.
STS de 15 de marzo de 2005, (RJ 2005\3095), Aranzadi.
STS de 17 de septiembre de 2002 (RJ 2002\8343), Aranzadi.
STS de 31 de enero de 2000 (RJ 2000/449), Aranzadi.
STS de 1 de marzo de 2000 (RJ 2001/1914), Aranzadi.
STS 24 de junio de 1999 (RJ 1999/4486), Aranzadi.
STS de 23 de julio de 1998 (RJ 1998/6200), Aranzadi
STS de 20 de enero de 1998 (RJ 1998/23), Aranzadi
STS de 2 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8773), Aranzadi.
STS de 31 de marzo de 1997 (RJ 1997/2481), Aranzadi.
STS de 21 de julio de 1989 (RJ 1989/5771), Aranzadi.
STS de 18 de octubre de 1988, (RJ 1988/7587), Aranzadi
STS de 17 de septiembre de 1984 (RJ 1984/4298), Aranzadi
ATS de 19 de octubre de 2001.

Jurisprudencia de Audiencias Provinciales

SAP de Barcelona de 7 de diciembre de 2017, (JUR 2018\21393), Aranzadi.
SAP de Pontevedra de 14 de noviembre de 2016 (JUR 2916/268626), Aranzadi
SAP de Baleares de 6 de junio de 2016 (JUR 2016/156912), Aranzadi.
SAP de Almería de 3 de septiembre de 2014, (AC 2015/1055), Aranzadi.
SAP de Guipúzcoa de 12 de noviembre de 2013 (RJ 2014\166404), Aranzadi.
SAP de Madrid de 28 de febrero de 2012, (JUR 2012\136294), Aranzadi.
SAP de Vizcaya de 17 de septiembre de 2010 (ARP 2010/1370), Aranzadi.
SAP de Madrid 8 de julio de 2010 (ARP 2010/1088), Aranzadi.
SAP de Madrid de 8 de febrero de 2011, (JUR 2011\161398), Aranzadi.
SAP de Madrid de 17 de abril de 2009 (RJ 2009/258422), Aranzadi

SAP de Madrid de 7 de febrero de 2008 (JUR 2008\113422), Aranzadi.
SAP de Las Palmas de 31 de octubre de 2007, JUR 2008\78332, Aranzadi.
SAP de Toledo de 31 de enero de 2007, (JUR 2007\133206).
SAP de Córdoba de 10 de mayo de 2005 (JUR 2005/163519), Aranzadi.
SAP de Cádiz de 22 de marzo de 2004 (ARP 2004/162), Aranzadi.
SAP de Alicante de 29 de marzo de 2001 (ARP 2001\147), Aranzadi.
SAP de Asturias de 29 de noviembre de 2002 (RJ 2002/10403), Aranzadi.
SAP de Cádiz de 9 de noviembre de 1998 (JUR 1998/2485), Aranzadi.
SAP de Barcelona de 17 de octubre de 1994 (JUR 1994/2098), Aranzadi.
SAP de Barcelona de 21 de julio de 1988 (JUR 1998/1615), Aranzadi.

Jurisprudencia de Juzgados de lo Mercantil

SJM de Palma de Mallorca de 29 de junio de 2016 (JUR 2016\197341), Aranzadi.
SJM núm. 2 de Barcelona, de 27 de junio de 2016 (JUR 2017/56078), Aranzadi.