

**Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 22 Jul. 1997,
Rec. 2146/1993**

Ponente: O'Callaghan Muñoz, Xavier.

Consultar JURIMETRÍA de este Magistrado

LA LEY 9122/1997

RESPONSABILIDAD CIVIL. Extracontractual. Derivada de abordaje de buques. Daño ajeno al estricto ámbito del contrato de transporte marítimo. LITISCONSORCIO. Pasivo necesario. No apreciación en supuestos de condena solidaria. RECURSO DE CASACION. Prohibición de plantear cuestiones nuevas. Vulneración de los principios de buena fe procesal, congruencia, contradicción, preclusión, igualdad de partes y dispositivo.

Los hechos se describen en los fundamentos. El Juzgado núm. 7 de La Coruña, no entró a conocer de la demanda por apreciar litisconsorcio pasivo necesario. La Audiencia revocó la sentencia, condenó a tres demandados solidariamente a pagar las partidas aseguradas, y no entró a conocer de los pronunciamientos instados frente a otra demandada por confirmar que concurre la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. El Tribunal Supremo no dio lugar a la casación.

En la Villa de Madrid, a veintidós de Julio de mil novecientos noventa y siete.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, los recursos de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Primera, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número Siete de La Coruña, sobre reclamación de cantidad; cuyos recursos fueron interpuestos por la entidad "C., S.A", representada por la Procuradora D^a Adela Cano Lantero y por la MUTUA DE RIESGO M., SOCIEDAD DE SEGUROS A PRIMA FIJA, representada por la Procuradora D^a Luisa Noya Otero; siendo parte recurrida las entidades F. V. AG, y otras, representadas por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. Luis Fernández-Ayala Martínez, en nombre y representación de las entidades F. V. AG. y OTROS interpuso demanda de juicio de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de La Coruña, sobre reclamación de cantidad, contra la entidad C., S.A., la entidad CE., S.A., la entidad N. PENINSULAR, y contra la entidad MUTUA NACIONAL DE PREVISION DEL RIESGO M., alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que declarando responsables solidarios a las entidades demandadas de los daños sufridos por las partidas, aseguradas por mis representadas y que iban a bordo del buque "Carmen del Mar", como consecuencia del abordaje ocurrido el 12 de septiembre de 1979 entre el indicado buque y el "Escandinavia" a la altura de las Islas Sisargas, se condene a las demandadas a pagar solidariamente: a) A las entidades demandantes F. V. Ag. y Allianz V. Ag, la cantidad de 50.615 marcos alemanes o su equivalente en moneda española si no fuera posible el pago en marcos al

tipo de cambio vigente en el momento del pago efectivo más los intereses legales correspondientes y las costas. b) A las entidades demandantes La S. Compagnie Anonyme D'Assurances, La B. Compaigne D'Assurances, A. Allerlei Risico's, E. Societa Italiana di Assicurazioni e Riassicurazioni Maritima, S. Alliance Phoenix y A. International Underwriters, la cantidad de 5.026.285 francos belgas o su equivalente en moneda española si no fuera posible el pago en francos belgas al tipo de cambio vigente en el momento de pago, más los intereses legales correspondientes y las costas c) A la entidad demandante B. Versicherungs-Gessellschaft, la cantidad de 500.728,27 marcos alemanes o su equivalente en moneda española si no fuera posible el pago en marcos al tipo de cambio vigente en el momento del pago efectivo, más los intereses legales correspondientes y las costas.

2.- El Procurador D. Alejandro Lage Alvarez, en nombre y representación de las entidades N. PENINSULAR, S.A. y de la MUTUA DE RIESGO M., SOCIEDAD DE SEGUROS A PRIMA FIJA, contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime la demanda con imposición de las costas al actor, absolviendo libremente a mis representados. Alternativamente de estimar responsabilidad alguna por los daños, será únicamente de C., S.A. y CE., S.A.; o de estimarse responsabilidad solidaria se fijará, atendidas las circunstancias, la parte de deuda que a cada uno corresponda.

3.- El Procurador D. Javier Bejerano Fernández, en nombre y representación de la entidad C., S.A., contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se estimen las excepciones de caducidad de la acción, y/o falta de legitimación activa de las actoras; subsidiariamente, declare la exoneración de responsabilidad de C., S.A. por faltas náuticas de Capitán y/o tripulación del buque CARMEN DEL MAR, absolviendo por ello a C., con todos los pronunciamientos favorables; subsidiariamente, declare el derecho de C., S.A. a limitar su responsabilidad de conformidad con lo expuesto en el párrafo IV de este escrito; en todo caso con expresa imposición de costas a las actoras.

4.- La Procuradora D^a M^a Dolores Villar Pispieiro, en nombre y representación de la entidad CE., S.A., contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al Juzgado aceptando todas o cualquiera de las excepciones opuestas y argumentos de fondo invocados en el presente escrito, desestime la demanda, absolviendo libremente a mi representada, todo ello con expresa imposición de costas a las entidades actoras.

5.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. La Il^{ta}. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número siete de La Coruña, dictó sentencia con fecha 5 de junio de 1.992, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que estimando la excepción procesal de falta de litis consorcio pasivo necesario en la demanda interpuesta por las entidades F. V. Ag. y Allianz V.. Ag., así como las entidades La S. Compagnie Anoyme D'Assuranances; La B. Compagnie d'Assurance, A. Allerlei Risico's (anteriormente denominada L'Assurance Navale), E. Societa Italiana di Assicurazioni e Riassicurazioni Maritima; S. Alliance Phoenix (anteriormente denominada Phoenix Continental), A. International Underwriters y B. Versicherung-Gessellschaft, representadas por el Procurador Sr. Fernández-Ayala, contra la entidad C., S.A. representada por el Procurador Sr. Bejerano Fernández, la entidad CE., S.A. representada por la procuradora Sra. Villar Pispieiro y contra las entidades N. Peninsular, S.A. y Mutua Nacional de Previsión del Riesgo marítimo, representadas por el Procurador Sr. Lage Alvarez, y sin entrar en el análisis de la cuestión de fondo planteada, debo absolver y absuelvo a dichos demandados de las pretensiones en ella formuladas; con imposición de costas a la actora.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación procesal de F. V. AG. y otros, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Coruña, dictó

sentencia con fecha 20 de mayo de 1.993, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que con estimación en parte del recurso de apelación, planteado por la representación de F. V. AG. y ALLIANZ V. AG, LA S. COMPAIGNE ANONYME D 'ASSURANCES, LA B. COMPAIGNE D'ASSURANCES, A. ALLERLEI RISICO'S (anteriormente denominada L'ASSURANCE NAVALE), E. SOCIETA ITALIANA DI ASSICURAZIONI E RIASSICURAZIONI MARITIMA, S. ALLIANCE PHOENIX (anteriormente denominada PHOENIX CONTINENTAL), A. INTERNATIONAL UNDESRWRITTERS Y B. VERSICHERUNGS-GESELLESCHAFT, contra la sentencia, dictada por la Iltma. Sra. Magistrado-Juez de Primera Instancia nº 7 de la Coruña, en fecha 5 de julio de 1992; con revocación en parte de su fallo; con estimación de la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario, respecto a la demandada "CE., S.A.", sin entrar a conocer en el fondo de los pronunciamientos, que se solicitan con relación a ella; y con estimación en lo restante de la demanda; debemos declarar y declaramos: a) Que las entidades "C., S.A.", "N. Peninsular, S.A." y "Mutualidad Nacional de Previsión del Riesgo Marítimo", son responsables solidarias de los daños sufridos en las partidas, aseguradas por las Entidades demandantes, y que iban a bordo del buque "Carmen del Mar", como consecuencia del abordaje, ocurrido el 12 de septiembre de 1979, entre dicho buque y el "Escandinavia", a la altura de las islas Sisargas. b) Que debemos condenar y condenamos a dichas demandadas a pagar solidariamente: 1.- A las entidades demandantes F. V. Ag y Allianz V. Ag, la cantidad de 50.615 marcos alemanes, o su equivalente en moneda española si no fuera posible el pago en marcos al tipo de cambio vigente en el momento del pago efectivo, más los intereses legales correspondientes. 2.- A las entidades demandantes La S. Compagnie Anonyme d'Assurances, La B. Compagnie d'Assurances, A. Allerlei Risico's, E. Societa Italiana di Assicurazioni e Riassicurazioni Maritima, S. Alliance Phoenix y A. International Underwriters, la cantidad de 5. 026. 285 francos belgas o su equivalente en moneda española si no fuera posible el pago en francos belgas, al tipo de cambio vigente en el momento de pago, más los intereses legales correspondientes. 3.- A la entidad demandante B. Versicherungs-Gessellschaft, la cantidad de 500.728,27 marcos alemanes, o su equivalente en moneda española si no fuera posible e/ pago en marcos al tipo de cambio vigente en el momento del pago efectivo, más los intereses legales correspondientes. c) Que debemos absolver y absolvemos en la instancia a la demandada "CE., S.A." de los pronunciamientos que se solicitan respecto a ella. d) Que debemos imponer e imponemos las costas de la primera instancia a las demandadas "C., S.A.", "N. Peninsular, S.A." y "Mutua Nacional de Previsión del Riesgo Marítimo", con excepción de las originadas por haberse dirigido la demanda contra "CE., S.A.", que se imponen a la parte actora. e) Que no ha lugar a hacer un expreso pronunciamiento respecto a las costas de esta alzada.

TERCERO.- 1.- La Procuradora D^a Adela Cano Lantero, en nombre y representación de la entidad C., S.A., interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes motivos: MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del núm. 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de Jurisprudencia que resultan aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Infracción por inaplicación del art. 10.5 del Código civil en relación con los arts. 1091 (infringido por inaplicación) y 1902 (infringido por aplicación indebida) del Código Civil y con las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1980 y 30 de mayo de 1984, entre otras, sobre la validez y eficacia de la Paramount Clause. SEGUNDO.- Al amparo del núm. 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de Jurisprudencia que resultan aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Infracción por inaplicación del artículo 4.2.a de las Reglas de La Haya y del artículo 8.3.a de la L.T.M. TERCERO.- Al amparo del núm. 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de Jurisprudencia que resultan aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Infracción por inaplicación de los artículos 3.6 y 22, de las Reglas de La Haya y del artículo 8.3.a de la L.T.M., respectivamente, y de la doctrina jurisprudencial contenida. CUARTO.- Al amparo del núm. 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de Jurisprudencia que resultan aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Infracción por inaplicación del art. 618.8 del Código de Comercio, que consagra la responsabilidad contractual del naviero por daños sufridos por las mercancías

causados por no haber observado el Capitán las prescripciones del Reglamento de situaciones de luces y maniobra para evitar abordajes, en relación con el art. 1902 del Código Civil (infringido por inaplicación). QUINTO.- Al amparo del núm. 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de Jurisprudencia que resultan aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Infracción por inaplicación del art. 952.2 del Código de Comercio. SEXTO.- Al amparo del núm. 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de Jurisprudencia que resultan aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Infracción por aplicación indebida, del art. 953 del Código del Comercio, en relación con el art. 835 del mismo Código y por inaplicación el art. 1968.2 del Código Civil que consagra el plazo de prescripción de un año de las acciones que tienen su origen en las obligaciones derivadas de culpa o negligencia con base y apoyo en el art. 1902 del mismo Código.

2.- El Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de MUTUA DE RIESGO M., SOCIEDAD DE SEGUROS A PRIMA FIJA, interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha 20 de mayo de 1993, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de la Coruña, con apoyo en los siguientes motivos: MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del núm. 4 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El fallo que se recurre infringe la doctrina jurisprudencial sobre el litisconsorcio pasivo necesario, al interpretarla erróneamente. SEGUNDO.- Al amparo del núm. 4 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El fallo infringe por no aplicación el art. 952.2 del Código de Comercio y, por aplicación indebida, el art. 953, párrafo 1º del Código de Comercio. TERCERO.- Al amparo del número 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El fallo infringe por no aplicación el art. 8, párrafo 3º.a) de la Ley de Transportes Marítimos de 1949 sobre Unificación de Reglas para los Conocimientos de embarque en los Buques Mercantiles. CUARTO.- Al amparo del número 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El fallo infringe, por no aplicación el art. 22 de la Ley de Transportes Marítimos de 1949 sobre unificación de Reglas para los Conocimientos de Embarque en los Buques Mercantes. QUINTO.- Al amparo del número 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El fallo infringe por no aplicación el art. 953, párrafo 2º, en relación con los arts. 835 y 836 todos ellos del Código de Comercio.

3.- Admitido los recursos y evacuando el traslado conferido, el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de las entidades F. V. AG., ALLIANZ V. AG, LA S. COMPAGNIE ANONYME DASSURANCES, LA B. COMPAIGNE D'ASSURANCES, A. ALLERLEI RISICO S, E. SOCIETA ITALIANA DI ASSICURAZIONI E RIASSICURAZIONI MARITIMA, S. ALLIANCE PHOENIX, A. INTERNATIONAL, UNDERWRITERS y B. VERSICHERUNGS-GESELLESCHAFT, presentó escrito de impugnación a los recursos interpuestos por la entidad C., S.A. y por MUTUA DE RIESGO M., SOCIEDAD DE SEGUROS A PRIMA FIJA.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 8 de julio de 1.997, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos como datos objetivos de los que se debe partir en este recurso de casación, están detalladamente recogidos en la sentencia recurrida, indiscutidos en casación y son los siguientes: a) sobre las 10 horas del día 12 de septiembre de 1979, en ocasión de navegar en condiciones meteorológicas de visibilidad reducida, debidas a la espesa niebla reinante, a la altura de las islas Sisargas, los buques españoles Carmen del Mar y Escandinavia, de propiedad el primero de la entidad codemandada C., S.A. y al mando de su Capitán D. José Ramón S. P., y de propiedad el segundo de la entidad, igualmente codemandada N. peninsular, S.A. y al mando de su Capitán, D. Francisco G. G., dirigiéndose el primero, de Leixoes a Bilbao, y el segundo, de Bayona a Casablanca, como los responsables de ambos lo hicieren sin guardar la velocidad de

seguridad necesaria para prevenir los abordajes; sin mantener una vigilancia radar, visual y auditiva eficaz, reforzando la correspondiente a una guardia normal; sin tener en cuenta las prevenciones reglamentarias relativas a los cambios de rumbo y velocidad; y sin suprimir la arrancada al oír las señales de niebla del otro buque; entraron en colisión, al alcanzar, el Escandinavia, con la proa al Carmen del Mar, por su costado de estribor; b) como consecuencia de lo ocurrido, se instruyó por la Comandancia Militar de Marina de La Coruña, la causa nº 143/1979, en la que fueron procesados ambos Capitanes, como presuntos autores de un delito de abordaje, por grave negligencia, previsto en el artículo 59 de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, pasando posteriormente la misma a la jurisdicción ordinaria, donde en el Juzgado de Instrucción nº 2 de dicha ciudad se tramitaron, primero, las Diligencias Previas nº 751/1981, y después las Diligencias preparatorias nº 26/1982, en las que se dictó auto de 1 de julio de 1982, que decretó su sobreseimiento, aunque esta resolución fue revocada por otra de la Audiencia Provincial, de 18 de septiembre del mismo año, por lo que continuó su tramitación, hasta que por auto de 12 de febrero de 1987, dictado en el sumario nº 8 de este año, en el que se habían transformado aquéllas, se acordó el sobreseimiento provisional que fue confirmado por otro, del 27 de mayo siguiente, de la Audiencia; presentándose la demanda, que dio origen a la tramitación de este juicio en primera instancia el día 6 de mayo de 1991; una vez que las entidades aquí actoras interpusieron otras de conciliación contra las aquí demandadas, aunque sin éxito; el 8 de mayo de 1989; c) el día de la colisión, el buque Carmen del Mar, transportaba, en contenedores, diversas partidas que se embarcaron en perfectas condiciones, resultaron destruidas, inservibles o dañadas y las entidades demandantes, aseguradoras de las mercancías, indemnizaron por tales perjuicios a sus asegurados, quedando subrogadas en sus derechos y acciones frente a los responsables del siniestro; d) en la fecha de la colisión, la codemandada Mutua Nacional de Previsión del Riesgo Marítimo era aseguradora de la navegación del buque Escandinavia de N. Peninsular, S.A. y la también codemandada CE., S.A., aseguradora de la póliza de "buques de hierro o acero con propulsión a vapor o motor", del Carmen del Mar, entre cuyos riesgos figuraban los accidentes derivados de, entre otros, abordaje, aunque la misma se suscribió por ella, en coaseguro, con otras dieciséis entidades, siendo considerada CE., S.A. principal aseguradora y actuando como directora administrativa del mismo, quedando facultada por las restantes para adoptar cuantas decisiones "considere razonables y convenientes en todo lo relacionado con esta póliza"; e) las entidades actoras ejercitaron en la demanda una acción de indemnización de daños y perjuicios, ocurridos con motivo de abordaje, prevista en los artículos 826 y siguientes del Código de Comercio, contra las navieras de los dos buques participantes y contra sus respectivas compañías aseguradoras.

La sentencia de primera instancia de 5 de junio de 1992, dictada por el Juzgado nº 7 de la Coruña estimó la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y, sin entrar en la cuestión de fondo, absolvió a los demandados. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de los demandantes, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Primera, de fecha 20 de mayo de 1993 estimó en parte el recurso de apelación y dictó sentencia condenatoria, salvo en relación a CE., S.A. que fue absuelta, tal como se detalla en los antecedentes de hecho. Los demandados condenados, "Mutua de riesgo marítimo, sociedad de seguros a prima fija" (antes "Mutua Nacional de Previsión del riesgo marítimo") y "C., S.A." formularon sendos recursos de casación, cada uno de ellos articulado en cinco motivos, algunos de entre ellos con el mismo fundamento fáctico y jurídico.

SEGUNDO.- La calificación jurídica de los hechos, puesta en relación con la acción ejercitada y con la sentencia de la Audiencia Provincial es la siguiente: habiendo un contrato de transporte marítimo entre determinadas personas, subrogadas en este proceso por sus compañías aseguradoras (demandantes y ahora recurridos en casación) la carga que transportaba el buque Carmen del Mar quedó dañada por razón de abordaje entre dicho buque y otro, Escandinavia. Los perjudicados podrían haber ejercitado acciones, con otro planteamiento, fundados en el contrato de transporte marítimo. Pero se ha ejercitado la acción, derivada del dato objetivo del abordaje, fundada en la llamada responsabilidad civil extracontractual u obligación nacida de acto ilícito

cuyas bases normativas son los arts. 826 y ss. y 953 del Código de Comercio y el artículo 1902 del Código civil.

Tal como razona con acierto la sentencia recurrida, no cabe interpretar restrictivamente la viabilidad del planteamiento de unas u otras acciones, ya que ello podría incidir en contra de lo que se establece en el artículo 24.1 de la Constitución, respecto a que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión; la cuestión se centra, más que en determinar si, ante un supuesto de abordaje como el ocurrido, las actoras pueden plantear la acción extracontractual para reclamar los daños y perjuicios derivados del mismo, en averiguar si efectuaron o no un adecuado encaje de ella; y si se tiene en cuenta lo que es un abordaje, o sea, un choque entre dos buques, o lo que es lo mismo, un suceso que no está comprendido dentro del círculo normal del contrato de transporte marítimo, débese recordar la doctrina de esta Sala sobre este extremo: el deudor, en una relación contractual, debe cumplir la obligación y si la incumple incurre en responsabilidad contractual, pero si al actuar causa un daño ajeno al estricto ámbito del contrato, este acto (ilícito, infracción del principio *alterum non laedere*) generará una nueva obligación, que es la de reparar dicho daño: así, sentencias de 10 de mayo de 1984, 16 de diciembre de 1986, 20 de julio de 1992 y 1 de diciembre de 1994: estas dos últimas dicen literalmente: no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para ello que la realización del hecho acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo normal del contenido negocial.

TERCERO.- Partiendo de aquellos hechos como datos objetivos y de esta calificación jurídica, procede entrar en el análisis de los motivos de casación de una y otra parte recurrente. Y es preciso comenzar por la excepción que impediría conocer el fondo del asunto, la de falta de litisconsorcio pasivo necesario, que fue estimada por la sentencia dictada en primera instancia. La sentencia recurrida, dictada en segunda instancia, por la Audiencia Provincial, acoge esta excepción pero la aplica apreciando la misma en sus concretos y exactos términos, como dice literalmente, por lo que absuelve de la demanda a la persona jurídica codemandada, CE., S.A. a la que afecta, pero entrando en el fondo del asunto respecto a los demás codemandados, a los que - como este recurrente en casación- se les ha condenado.

Este motivo de casación se formula, como primero, por la representación procesal de "Mutua de Riesgo marítimo sociedad de seguros a prima fija", al amparo del nº 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y alegando la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el litisconsorcio pasivo necesario, por interpretarla erróneamente. El motivo debe ser desestimado por una razón de forma y otra de fondo: La primera es que no se cita cuál sea la doctrina jurisprudencial que se dice infringida, ni en qué sentido se ha interpretado erróneamente; la razón de fondo es que esta excepción afecta sólo a una parte codemandada y respecto a ella ha sido apreciada en la sentencia recurrida, correctamente, ya que no puede extenderse a aquellas otras partes codemandadas a las que no alcanza, pues la condena tiene carácter solidario, en cuyo caso el artículo 1144 del Código civil impide que pueda apreciarse una hipotética falta de litisconsorcio pasivo necesario.

CUARTO.- Se ha establecido la base fáctica y la base jurídica del presente proceso tal como ha llegado a casación y, si bien no se combate la primera, sí se hace la segunda por medio de varios motivos de una y otra parte, que procede sean agrupados.

Ante todo, sin unirlo a otros motivos, el primero que formula la representación procesal de "C., S.A." es, al amparo del nº 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la infracción, por inaplicación del artículo 10.5 del código civil en relación con el 1091 infringido también por inaplicación, y 1902 por aplicación indebida, del Código civil y con determinadas sentencias sobre la validez y eficacia de la Paramount Clause. La mezcla de las normas citadas como infringidas, no tiene otro sentido que mantener la tesis de que se trata de una responsabilidad contractual y la sentencia de instancia se basa en responsabilidad extracontractual que deriva del hecho del

abordaje, calificación que ha sido plenamente aceptada por esta Sala. En el motivo no se aduce más que la relación contractual, pero en un fundamento anterior se ha expuesto que la doctrina de la Sala es reiterada en el sentido de que cabe, como en el presente caso, junto a la relación contractual, que se produzca un daño cuya reparación tenga fundamento material y cauce procesal distinto a la responsabilidad contractual. Siendo así, no se puede plantear la no aplicación de normas del Código civil relativas al contrato (art. 10.5 y 1091) ni normas contractuales (Paramount Clause) ni jurisprudencia relativa a ello, ni tampoco la aplicación indebida del artículo 1902 del Código civil que proclama el principio de la responsabilidad extracontractual y así se ha entendido y aplicado. Por ello, este motivo debe ser desestimado.

Y también deben desestimarse, por el mismo razonamiento, todos aquellos motivos que, al amparo del nº 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegan infracción de normas de responsabilidad contractual, de normas sobre contratos y de normas sobre contrato de transporte marítimo, nacionales e internacionales, ya que no son de aplicación al presente caso, como ya se ha expuesto e insistido. Formulados por la parte recurrente "Mutua de riesgo marítimo": el motivo tercero alega infracción, por no aplicación, de normas de la Ley de Transportes Marítimos, lo mismo que el motivo cuarto, en el que, como defecto formal, no cita el párrafo del largo artículo que cita como infringido, reiterando la calificación que ni la sentencia de instancia ni esta Sala aceptan, de responsabilidad contractual. Formulados por la parte recurrente, "C., S.A.": los motivos segundo y tercero alegan normas nacionales e internacionales relativas al contrato de transporte y aplicables a la ejecución y cumplimiento de éste por lo que son ajenas al tema tal como ha sido calificado por esta Sala. Igualmente, el motivo cuarto alega inaplicación del artículo 618, nº 8, del Código de Comercio y del artículo 1902 del Código civil en relación con la conducta del capitán (no expresa a cual de los dos capitanes se refiere aunque parece que es al del buque Carmen del Mar; no hace más que volver al tema de la calificación jurídica y estimar - en contra del criterio de la sentencia y de esta Sala- que se trata de responsabilidad contractual. Sobre ello, hay que insistir una vez más: la responsabilidad de los codemandados y actuales recurrentes deriva de la llamada responsabilidad extracontractual o, más correctamente, obligación nacida de acto ilícito, en base al abordaje sucedido y con fundamento en los artículos 826 y 827 del Código de Comercio.

QUINTO.- La misma suerte desestimatoria deben correr los motivos que, al amparo del nº 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se basan en la prescripción, volviendo de nuevo a hacer supuesto de la cuestión insistiendo otra vez en que se trata de un plazo de prescripción derivado del contrato de transporte marítimo, plazo de un año, según el art. 952, nº 2º del Código de Comercio. Así, el motivo segundo del recurso de "Mutua de riesgo marítimo" y el quinto del recurso de "C., S.A.". Asimismo, el motivo sexto de esta última porque parte del supuesto correcto pero alega infracción de norma no aplicable, cual es el artículo 1968.2 del Código Civil siendo así que el presente caso, de abordaje, tiene la norma específica del artículo 953 del Código de Comercio que impone el plazo de prescripción de dos años.

En todo caso, ejercitada una determinada acción, que es estimada en la sentencia, no puede pretenderse, como se hace en estos motivos, que se apliquen unos plazos de prescripción distintos y previstos para otro tipo de acciones.

SEXTO.- Por último, con distinto motivo de los anteriores, el quinto del recurso formulado por "Mutua de riesgo marítimo", al amparo del nº 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega infracción por no aplicación, del artículo 953, párrafo 2º, en relación con los artículos 835 y 836 del Código de Comercio; el primero establece que estas acciones no serán admisibles si no se hubiera hecho la correspondiente protesta, protesta que de acuerdo con el artículo 835 debe de hacerse dentro de las 24 horas, y de acuerdo con el artículo 836 para los daños causados al cargamento, la falta de protesta no puede perjudicar a los interesados que no se hallaban en la nave o no estaban en condiciones de manifestar su voluntad.

El motivo debe desestimarse, en primer lugar, por tratarse de una cuestión nueva, no planteada en el proceso y no mencionada en la sentencia de instancia. La jurisprudencia sobre la

inadmisibilidad en casación de cuestiones nuevas es constante y reiterada; por citar algunas, entre otras muchas, sentencias: 18 de julio de 1996 (fundamento 9º: por ser cuestión nueva, no puede ahora estudiarse), 20 de julio de 1996 (fundamento 1º: los principios de buena fe procesal y de congruencia impiden a las partes la alteración de los términos en que quedó planteado e/ debate litigioso en la instancia, tratando de introducir cuestiones nuevas de improcedente planteamiento en casación), 26 de julio de 1996 (fundamento 2º: cuestión nueva: cosa prohibida en el recurso extraordinario por ir contra el principio fundamental de contradicción), 31 de julio de 1996 (fundamento 1º cuestión nueva, de improcedente planteamiento en casación, recurso extraordinario cuyo contenido ha de referirse a lo que en el pleito se haya debatido, al exigirlo así los principios de preclusión, igualdad de partes y dispositivo), 4 de marzo de 1997 (fundamento 6º: la doctrina de esta Sala es constante en negar el acceso a casación de las cuestiones nuevas por la indefensión que supondría para la contraparte, al privársele de medio hábiles de defensa que no son posibles legalmente en el recurso de casación, por no ser una nueva instancia donde el litigio pudiera ser de nuevo replanteado), 6 de marzo de 1997 (fundamento 2º: en primer lugar, en el presente caso, surge lo que doctrinalmente ha venido en llamarse cuestión nueva, que según sentada doctrina jurisprudencial (como epítome la S. de 26 de julio de 1.993) debe ser rechazada en el recurso de casación, puesto que provocaría a las otras partes una flagrante e inadmisibile indefensión) y 10 de marzo de 1997 (fundamento 3º: se plantea cuestión nueva y procede su rechazo).

También debe desestimarse, en segundo lugar y a mayor abundamiento, por las propias normas que se citan en el motivo, ya que el artículo 836 del Código de Comercio dispone que la falta de protesta no puede perjudicar a los interesados que no se hallaban en la nave y ni las entidades demandantes ni aquéllas por las que se subrogaron estaban en la nave, cuando se produjo el abordaje.

SEPTIMO.- Desestimándose todos los motivos de casación, procede declarar no haber lugar al recurso y condenar a los dos recurrentes, solidariamente, al pago de las costas causadas en el mismo, por imperativo del artículo 1715.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLAMOS

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACION interpuestos respectivamente por los Procuradores D^a Adela Cano Lantero y D. Argimiro Vázquez Guillen, en nombre y representación de "C., S.A.", la primera y de MUTUA DE RIESGO M., SOCIEDAD DE SEGUROS A PRIMA FIJA, el segundo, respecto la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Coruña, de fecha 20 de mayo de 1.993, la que se confirma en todos sus pronunciamientos, condenándose a las partes recurrentes al pago de las costas.

