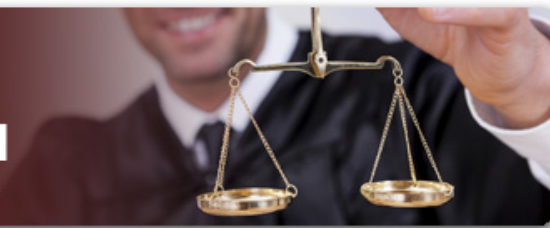
**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA***Sentencia 197/2016, de 13 de septiembre de 2016**Sección 15.^a**Rec. n.º 216/2015***SUMARIO:**

Contratos. Transporte internacional de mercancías por carretera. Limitación de responsabilidad. Responsabilidad del transportista. El recurso gira, fundamentalmente, en torno al alcance de la responsabilidad del transportista, concretamente a la posibilidad de considerar si la pasividad del transportista es equiparable al dolo a los efectos de eludir los límites a la responsabilidad derivados del artículo 29 del Convenio CMR. El dolo, como componente subjetivo de la responsabilidad del deudor a consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales, no exige la concurrencia de un ánimo de perjudicar o dañar al acreedor, ni mucho menos la comisión de un delito, sino tan sólo que la infracción del deber jurídico sea voluntaria y consciente. El Tribunal Supremo declara que deben entenderse dolosamente queridos los resultados que, sin ser intencionadamente perseguidos aparezcan como consecuencia necesaria de la acción. Tal manifestación de la culpabilidad aplicada al incumplimiento contractual (el dolo al que se refiere el art. 1.101 del CC) supondría, entonces, la inobservancia consciente y voluntaria de la obligación asumida, prescindiendo de la base de la intención de dañar, propia del dolo penal. En este sentido, ante la ausencia de una definición legal y sin perjuicio de reconocer la dificultad para fijar las fronteras del dolo civil con el concepto de culpa, sí configurado en el art. 1.104 CC, no procede circunscribir el ámbito del dolo al de la malicia o intención, por lo que, rehusando la asimilación al dolo penal, debe entenderse que no solo comprende los daños producidos con intención de dañar o perjudicar, sino que basta, en sintonía con el concepto de mala fe, infringir de modo voluntario el deber jurídico, es decir, con la conciencia de que con la conducta observada se realiza un acto antijurídico, haciendo lo que no debe hacerse. En el ámbito del contrato de transporte, ese incumplimiento consciente de las obligaciones asumidas no debe considerarse referido tanto a la obligación principal (el transporte de la mercancía) cuanto que a los llamados deberes de seguridad o garantía, esto es, al conjunto de obligaciones accesorias que debemos considerar que integran el contenido del contrato de transporte conforme a lo establecido en el artículo 1.258 CC. Por consiguiente, se trata de determinar si el transportista cumplió razonablemente con esos deberes de seguridad o garantía, pese a lo cual se produjo daño a la mercancía transportada, o bien se desentendió de los mismos asumiendo riesgos irrazonables que podría haber evitado. De esta manera, el examen del dolo o culpa grave se proyectan sobre el examen de las decisiones del transportista respecto de sus obligaciones de custodia de las mercancías transportadas.

PRECEPTOS:

Convenio de Ginebra de 19 de Mayo de 1956 (Contrato de Transporte Internacional de mercancías por carretera), arts. 23 y 29.
Código Civil, arts. 1.101, 1.104 y 1.258.
Ley 1/2000 (LEC), art. 281.3.



www.civil-mercantil.com

PONENTE:

Don José María Fernández Seijo.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

ROLLO Nº 216/2015-2ª

PROCEDIMIENTO 541/2013-F (Juicio ordinario)

JUZGADO MERCANTIL Nº 1 DE BARCELONA

SENTENCIA

Componen el tribunal los siguientes magistrados

Juan F. GARNICA MARTÍN
José Mª RIBELLES ARELLANO
José Mª FERNÁNDEZ SEIJO

En la ciudad de Barcelona a trece de septiembre de dos mil dieciséis.

VISTOS en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario, tramitados con el número arriba expresado ante el Juzgado Mercantil Nº 1 de Barcelona, a instancia de la entidad mercantil TOKIO MARINE EUROPE INSURANCE LIMITED, representada por el procurador de los tribunales don Pedro M. Adan Lezcano y asistida por la letrada doña Gloria Jiménez Peragón, contra la entidad mercantil TRANSMEC DE BORTOLI GROUP ESPAÑA, S.A., y la entidad mercantil PLUS ULTRA SEGUROS, representadas por el procurador de los tribunales don Alfredo Martínez Sánchez y bajo la dirección letrada de doña Anna Mestre.

Han comparecido en esta alzada las partes reseñadas, con la representación y defensa ya indicada.

Conocemos las actuaciones por razón del recurso de apelación formulado por la representación de la mercantil TOKIO MARINE EUROPE INSURANCE LIMITED contra la sentencia dictada en fecha 25 de septiembre de 2014 , sentencia impugnada por las demandadas TRANSMEC DE BORTOLI GROUP ESPAÑA, S.A., y la entidad mercantil PLUS ULTRA SEGUROS.

ANTECEDENTES DE HECHO

El fallo de la sentencia apelada es el siguiente: "DEBO ESTIMAR Y ESTIMO parcialmente la demanda interpuesta por la entidad Tokio Marine Europe Insurance Limited



contra la entidad mercantil Transmex De Bortoli Group España, S.A., y Plus Ultra Seguros, y por tanto, DEBO CONDENAR Y CONDENO a la entidad Transmec De Bortoli Group España, S.A., a que abone a la actora la cantidad de CIENTO CINCUENTA Y CUATRO EUROS Y NOVENTA Y SEIS CÉNTIMOS (154,96 euros) más los intereses legales desde la fecha de interpelación judicial, 31-7-2101 3.

DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la mercantil Plus Ultra Seguros de los pronunciamientos deducidos de contrario.

No procede la imposición de costas de la primera instancia a ninguna de las partes".

Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de TOKIO MARINE EUROPE INSURANCE LIMITED el 28 de octubre de 2014.

Admitido el recurso a trámite, se dio traslado a las codemandadas que, por escrito de 10 de diciembre de 2014, se opusieron al recurso de apelación e impugnaron la sentencia.

La parte apelante realizó oposición a la impugnación por escrito de 14 de enero de 2015.

Remitidas las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, comparecieron las partes y, tras los trámites correspondientes, se señaló audiencia para votación y fallo prevista para el día 21 de abril de 2016.

Es ponente José M^a FERNÁNDEZ SEIJO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Circunstancias necesarias para resolver el recurso.

La entidad mercantil TOKIO MARINE EUROPE INSURANCE LIMITED (TOKIO) es la entidad aseguradora de la mercantil Charmex Internacional, S.A. (Charmex).

En agosto de 2012 Charmex adquirió a un tercero varios componentes eléctricos, concretamente una partida de tarjetas de respuesta RF Pantal, valoradas en 17.200 euros. La mercancía debía entregarse en los almacenes que Charmex tenía en Badalona.

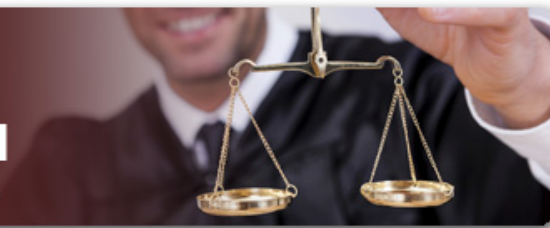
El transporte debía realizarse desde Holanda a España, por lo que se suscribió con la mercantil TRANSMEX DE BORTOLI GROUP ESPAÑA, S.A. (TRANSMEX) contrato de transporte con la correspondiente carta de porte en la que se detallaban las mercancías transportadas (equipamiento eléctrico), el peso de la mercancía y el número de bultos transportado, sin que constara declaración específica de valor de las mercancías.

TRANSMEX subcontrató con un tercero el transporte (Ewals Groupage BV), tercero que, a su vez, contrató con el transportista efectivo Transport Hees.

Una parte de la mercancía, concretamente 4 de los 5 bultos facturados, no llegó a destino.

Charmex comunica el siniestro a su aseguradora, qué, tras realizar las gestiones pertinentes, decide abonar 17.000 euros a su asegurada.

Realizado el abono, la mercantil TOKIO demanda a TRANSMEX y a su aseguradora PLUS ULTRA SEGUROS (PLUS ULTRA) reclamando la suma abonada, por considerar que ha existido dolo o, cuando menos, culpa grave por parte de la transportista al considerar que TRANSMEX era conocedora de la naturaleza y valor de las mercancías y por no haber dado el transportista explicación alguna acerca de las circunstancias en las que se ha producido la desaparición de la mercancía.



TRANSMEC y PLUS ULTRA se allanan parcialmente a la reclamación efectuada por TOKIO, reconociendo únicamente responsabilidad por la suma de 164 euros, importe correspondiente al límite máximo de responsabilidad según el artículo 23 del Convenio CMR.

Concluido el procedimiento ordinario, el Juzgado Mercantil Nº 1 de Barcelona dicta sentencia el 25 de septiembre de 2014 estimando parcialmente la demanda y reconociendo a TOKIO únicamente el derecho a recuperar la suma de 154'96 Euros, conforme a las limitaciones del artículo 23 del Convenio CMR, excluyendo que TRANSMEC actuará dolosamente. Estas son las razones recogidas en la Sentencia:

« La prueba de la existencia de dolo, aún con todos los matices expuestos, corresponde a quien lo alega. Lo que nos lleva a concluir ponderando las circunstancias concurrentes al supuesto de autos, que no puede imputarse a la demandada un incumplimiento contractual como el invocado por la actora. La actora indica en su demanda que la actitud de Transmec ha sido dolosa porque no ha ofrecido detalle o justificación alguna de la causa del extravío de la mercancía y de las circunstancias en que se ha producido la desaparición. Sin embargo, de la prueba practicada, podemos concluir la inexistencia de dolo o de conducta asimilable. La demandada subcontrató a un transportista efectivo Ewals, quien a su vez subcontrató a otra mercantil Transport Hees, para que ejecutara el traslado de la mercancía hasta Holanda a Badalona. Una vez que la mercancía fue entregada a Ewals, ésta se perdió desconociéndose actualmente su paradero ex art. 28 1. 3 LEC. De estos hechos no podemos concluir que existiera un ánimo de perjudicar o dañar a la actora, ni que la demandada haya faltado a sus obligaciones de un modo consciente y voluntario o, con otras palabras, que no quisiera cumplir su cometido. »

Respecto de la ausencia de una declaración especial de valor en el momento de contratar el transporte, la Sentencia considera que « en el caso enjuiciado, el CMR obrante como documento 2 de la demanda los términos Electrical equipment". Estas palabras y el hecho que las demandadas supieran la actividad económica a la que se dedicaba Charmex no significan que hubiera una declaración de especial valor en este transporte. En dicha carta de porte, no existe una cláusula que declare el especial valor de la mercancía y tampoco recoge que se haya realizado el pago de una sobreprima, por lo que debemos concluir que no existía declaración de especial valor. »

Segundo. Motivos del recurso de apelación.

La representación de la aseguradora TOKIO recurre en apelación la sentencia de referencia por entender que de las circunstancias y la actuación de la entidad demandada no resulta de aplicación la limitación de responsabilidad prevista en el artículo 23 del Convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956, de contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (Convenio CMR). Defiende la parte recurrente que debe aplicarse el artículo 29 de dicho Convenio, en el que se establece que

" 1. El transportista no tendrá derecho a prevalerse de las disposiciones de este capítulo que excluyan o limiten su responsabilidad, o inviertan la carga de la prueba, si el daño ha sido causado por dolo o por culpa que sea equiparada al dolo por la Ley de la Jurisdicción a que se refiera.

2. Esto mismo se aplicará al dolo o a culpa de los empleados del transportista o de cualesquiera otras personas a las que el transportista haya recurrido para la realización del transporte, siempre que éstos actúen en el desempeño de sus funciones. En este caso, estos



empleados o esas otras personas no tendrán derecho a prevalerse, en lo que respecta a su responsabilidad personal, de las disposiciones de este capítulo mencionadas en el párrafo anterior ".

Considera la parte recurrente que en el supuesto de autos concurren las circunstancias previstas en el artículo 29 del Convenio CMR y que estas circunstancias no han sido mencionadas o valoradas por la sentencia recurrida. circunstancias que determinan que el transportista no pueda ampararse en la limitación de responsabilidad.

Se concreta el recurso en las siguientes razones referidas a la actividad y valoración de la prueba:

La parte demandada no ha desarrollado actividad probatoria alguna, sólo propone prueba documental.

La demandada conocía la naturaleza valiosa de la mercancía aunque no viajaba la misma a valor declarado ni se había pagado el sobre porte. Sin embargo, se había identificado la mercancía, Charmex trabajaba desde hacía 13 años con TRANSMEX, el contacto se realizaba siempre con las mismas personas de Charmex y Charmex sabía que trabajaba con proyectores y pantallas.

La demandada no ha acreditado haber dado ninguna explicación acerca de las circunstancias en que se produjo la desaparición de la mercancía, ni tampoco ha acreditado haber efectuado gestión alguna para la localización de la misma.

Tercero. Motivos de la impugnación de la sentencia.

La representación de PLUS ULTRA impugna la sentencia apelada y solicita que la entidad actora sea condenada al pago de las costas del procedimiento dado que la aseguradora PLUS ULTRA fue absuelta al existir una franquicia en el contrato de seguro que le unía a la codemandada.

Cuarto. Sobre el alcance de la responsabilidad del transportista.

El recurso gira, fundamentalmente, en torno al alcance de la responsabilidad del transportista, concretamente a la posibilidad de considerar que en el supuesto de autos la pasividad del transportista es equiparable al dolo a los efectos de eludir los límites a la responsabilidad derivados del artículo 29 del Convenio CMR , ya reproducido.

Esta Sección ha tenido la oportunidad de establecer los parámetros para valorar la actuación del transportista, así en la Sentencia de 27 de enero de 2016 sintetizábamos nuestro criterio, en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo : «Por esta Sala se ha mantenido en Sentencia de 23 de Abril del 2008 (ROJ: SAP B 4870/2008), y antes en las de 25 de noviembre de 2004 y 11 de enero de 2007 , entre otras, que el dolo , como componente subjetivo de la responsabilidad del deudor a consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales, no exige la concurrencia de un ánimo de perjudicar o dañar al acreedor, ni mucho menos la comisión de un delito, sino tan sólo que la infracción del deber jurídico sea voluntaria y consciente, en sintonía con la doctrina de las SSTs, entre otras, de 9 de marzo de 1992 , que declara que deben entenderse dolosamente queridos los resultados que, sin ser intencionadamente perseguidos aparezcan como consecuencia necesaria de la acción.



En la Sentencia de 30 de enero de 2013 (Roj: SAPB 584/2013) precisábamos que <<(t)al manifestación de la culpabilidad aplicada al incumplimiento contractual (el dolo al que se refiere el art. 1.101 del CC) supondría, entonces, la inobservancia consciente y voluntaria de la obligación asumida, prescindiendo de la base de la intención de dañar, propia del dolo penal. En este sentido indica la STS de 21 de abril de 2009 (RJ 2009/1769) que, ante la ausencia de una definición legal y sin perjuicio de reconocer la dificultad para fijar las fronteras del dolo civil con el concepto de culpa (STS 9 de marzo de 1962 -RJ 1962/1230-), sí configurado en el Código Civil (art. 1.104), no procede circunscribir el ámbito del dolo al de la malicia o intención, por lo que, rehuendo la asimilación al dolo penal, debe entenderse que no solo comprende los daños producidos con intención de dañar o perjudicar, sino que basta, en sintonía con el concepto de mala fe, infringir de modo voluntario el deber jurídico, es decir, con la conciencia de que con la conducta observada se realiza un acto antijurídico, haciendo lo que no debe hacerse (SSTS 9 de marzo de 1962 , 31 de enero de 1968 , 19 de mayo de 1973 -RJ 1973/2339 -, 5 de diciembre de 1995 -RJ 1995/9260 -, 30 de marzo de 2005 -RJ 2005/2618-, entre otras).

En el ámbito del contrato de transporte, ese incumplimiento consciente de las obligaciones asumidas no debe considerarse referido tanto a la obligación principal (el transporte de la mercancía) cuanto que a los llamados deberes de seguridad o garantía, esto es, al conjunto de obligaciones accesorias que debemos considerar que integran el contenido del contrato de transporte conforme a lo establecido en el artículo 1258 CC . Por consiguiente, de lo que se trata es de determinar si el transportista cumplió razonablemente con esos deberes de seguridad o garantía, pese a lo cual se produjo daño a la mercancía transportada, o bien se desentendió de los mismos asumiendo riesgos irrazonables que podría haber evitado.

Lo que queremos decir es que el examen del dolo o culpa grave se proyectan sobre el examen de las decisiones del transportista respecto de sus obligaciones de custodia de las mercancías transportadas» .

En el supuesto de autos es un hecho no discutido que una parte importante de la mercancía no ha llegado a destino. La entidad demandada realmente no da razón alguna de por qué no se produce esa entrega, las razones del extravío. En los autos se hace referencia a la existencia de distintos transportistas subcontratados, de modo que la efectiva gestión del transporte la asume, por cargo de TRAMSMEC, una entidad denominada Transport Hees V. Leeuwen. No hay referencia alguna a circunstancia que justifique el extravío de una parte de la mercancía, de hecho la demandada no facilita dato alguno que permita considerar que la entidad subcontratada actuó con una diligencia razonable en el transporte y custodia de la mercancía. La desaparición de 4 de los 5 bultos facturados evidencia que el transporte no se realizó correctamente. Esta falta de información sobre las circunstancias del transporte y su custodia evidencia que la hoy demandada se desentendió de aspectos fundamentales del servicio que se le había encomendado, desentendimiento que debe asimilarse al dolo, en los términos referidos por las sentencias citadas. El principio de disponibilidad de la prueba nos permite afirmar que tienen mayor proximidad a esos medios de prueba la mercantil TRAMSMEC que es la que recibió la encomienda del transporte desde Holanda hasta Badalona, que fue la que permitió que se produjera una cadena de subcontratos para hacer efectiva la recogida y el traslado de la mercancía a Badalona. La entidad actora no tiene esa facilidad o proximidad con los medios de prueba, ella acredita - y no se niega - que una parte de la mercancía no llegó a destino y que no se le dio ninguna concreta razón que justifique este extravío, extravío que muestra por sí una falta grave de diligencia en la custodia que debe asimilarse al dolo, a los efectos del artículo 29 del Convenio CMR , no aplicándose el límite de responsabilidad.



www.civil-mercantil.com

En definitiva, debe estimarse el recurso de apelación, revocando la sentencia y condenando a la entidad demandada a satisfacer a la actora la suma de 17. 000 euros.

Quinto. Costas.

La estimación del recurso de apelación determina, conforme al artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que no haya condena en costas respecto de las causadas en primera instancia.

Respecto de las costas causadas en primera instancia, objeto de impugnación por parte de las demandadas, al revocarse la sentencia dictada la sentencia en primera instancia no debe aplicarse el artículo 394.1 de la LEC en los términos que plantea la recurrente, ya que la estimación de la demanda es total. En todo caso las dudas de hecho que genera el supuesto de autos justifica que no se impongan las costas causadas en primera instancia a los demandados aunque finalmente se haya estimado la demanda en su totalidad.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por la representación de la entidad mercantil TOKIO MARINE EUROPE INSURANCE Lmta, revocando la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil N° 1 de Barcelona el 25 de septiembre de 2014 , condenando a los demandados al pago de la suma de diecisiete mil euros e intereses legales conforme al artículo 27 del Convenio CMR .

No hay condena en costas ni respecto de las causadas en segunda instancia, ni respecto de las causadas en primera instancia.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta resolución, una vez firme, a los efectos pertinentes.

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

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.