



Roj: **SAP B 11139/2018** - ECLI: **ES:APB:2018:11139**

Id Cendoj: **08019370162018100453**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **16**

Fecha: **13/11/2018**

Nº de Recurso: **463/2017**

Nº de Resolución: **475/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARTA RALLO AYEZCUREN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16, pl. 2a - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866200

FAX: 934867114

EMAIL:aps16.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0829842120148152995

Recurso de apelación 463/2017 -A

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Vic

Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario 546/2014

Parte recurrente/Solicitante: SIP IMPEX, S.L.

Procurador/a: Elisabet Jorquera Mestres

Abogado/a:

Parte recurrida: Luis Andrés

Procurador/a: Ester Roqueta Mauri

Abogado/a:

SENTENCIA nº 475/2018

Magistrados/as:

D^a Inmaculada Zapata Camacho

D^a Marta Rallo Ayezuren

D. José Luis Valdivieso Polaino

Barcelona, 13 de noviembre de 2018.

La Sección 16^a de esta Audiencia Provincial de Barcelona ha visto, en apelación, los autos de juicio ordinario número 546/2014, sobre responsabilidad contractual, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Vic.

La demandante, Luis Andrés, ha sido representada por la procuradora doña Ester Roqueta Mauri y defendida por el letrado don Ángel Luis Paramio Sánchez.



La demandada, SIP IMPEX, SL, ha sido representada por la procuradora doña Elisabet Jorquera Mestres y defendida por el letrado don Carles Molera Busoms.

SIP IMPEX, SL, ha apelado contra la sentencia de 6 de febrero de 2017.

ANTECEDENTES DE HECHO

La parte dispositiva de la sentencia del juzgado dice:

"Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por Dña. Ester Roqueta Mauri, Procuradora de los Tribunales y de la mercantil KUZUM KOKEREÇ contra la mercantil SIP IMPEX, SL, representada por la Procuradora de los Tribunales Doña Elisabet Jorquera Mestres, declaro resuelto el contrato de compraventa formalizado entre las partes y se condena a la demandada a satisfacer a la actora la cantidad de 89.826,62 euros (6 1.685,03 euros entregados en concepto de precio, más 28.141,59 € en concepto de lucro cesante), como indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato de compraventa internacional, más los intereses moratorios devengados sobre dicha cantidad en el periodo de tiempo comprendido desde la interposición de la presente demanda y hasta la fecha de la presente resolución, aplicando para ello el tipo de interés legal y los intereses legales previstos en el art. 576 de la LEC desde la fecha de la presente resolución y hasta su completo pago."

SIP IMPEX, SL, apeló contra la sentencia. Admitido el recurso en ambos efectos, los autos fueron turnados a esta sección, previo emplazamiento de las partes. Comparecidas estas, se siguieron los trámites legales y se señaló para decisión el día 18 de octubre de 2018.

Ha sido ponente la magistrada Marta Rallo Ayezcurén.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sentencia del juzgado

La sentencia del juzgado estima la demanda de la sociedad Kuzum Kokereç y condena a Sip Impex, SL, a indemnizar a la actora por los daños derivados de la falta de entrega en destino (Parvomai, Bulgaria) de las mercancías compradas por la actora a la demandada el 8 de marzo de 2013. El importe de la condena, 89.826,62 euros, sería la suma del precio de la mercancía adquirida, 61.685,03 euros, y el lucro cesante de la actora, de 28.141,59 euros.

La juez entiende que la demandada se obligó a entregar la mercancía a la empresa Invest Ivanov, en Bulgaria, e incumplió esa obligación.

Sip Impex apela contra la sentencia.

Recurso de Sip Impex, SL

La sociedad demandada alega error en la valoración de la prueba.

Sostiene que ha quedado acreditado en el juicio que Sip Impex cumplió su cometido en la compraventa internacional, conforme a lo dispuesto en el Convenio de Viena, al entregar la mercancía, el 8 de marzo de 2013, en Sant Julià de Vilatorrada, donde, como vendedora, tenía su establecimiento en el momento de celebrar el contrato. Añade que la carga en el camión del porteador fue supervisada por el representante de la actora; que no se ha acreditado que la carga no llegara a destino; que la actora no ha demostrado que pagara a la demandada 61.685,03 euros y que Sip Impex solo reconoció haber percibido 52.500 euros; que tampoco se ha probado que la actora pagara una penalización a su cliente de Bulgaria.

Alega asimismo que el responsable de la llegada de la mercancía era Vitotrans, SL, con quien se contrató el transporte. Según la apelante, debió ser llamado a juicio. Por ello, reitera la excepción de litisconsorcio pasivo necesario desestimada por el juzgado.

Los hechos del caso

Tras el examen de las pruebas del juicio, son muchas las lagunas sobre los hechos que han generado la controversia.

Las partes no discuten que, el 8 de marzo de 2013 -aunque la actora se refiere reiteradamente a 8 de abril de 2013, por error, como resulta del conjunto de documentos-, la actora compró a Sip Impex la mercancía (tripa de cordero y de cabrito), que consta en la factura aportada con la demanda, por importe de 61.685,03 euros (folio 21 de las actuaciones). La mercancía debía entregarse a Invest Ivanov Ltd, en Parvomai (Bulgaria). En cuanto al pago del precio, en su carta de 19 de abril de 2013, la demandada solo reconoció haber recibido



52.500 euros. La actora invoca como prueba del pago de 61.685,03 euros la factura de la demandada. No aporta recibo, documento de ingreso o transferencia bancaria u otros documentos acreditativos.

No se discute que fue Sip Impex quien contrató a Vitotrans, S.L. (de Vitoria) para el transporte. Se adjunta a la demanda la factura de Vitotrans a nombre de la demandada, fechada a 6 de marzo de 2013 (f. 28). El representante legal de Vitotrans, en su testifical -plagada de ambigüedades y contradicciones-, declara que facturó el transporte a Sip Impex por adelantado. Consta en autos, además, un mensaje de correo electrónico, de 7 de marzo de 2013, del jefe de tráfico de Vitotrans a Sip Impex, con el título "orden de carga", en el que indica la matrícula WNU / NKZ y dice que "mañana a las 12 de la mañana lo tienes ahí" (f. 38).

Los litigantes coinciden en que, el 8 de marzo de 2013, el representante de Kuzum Kokereç supervisó la tarea de carga de la mercancía en el camión que había de transportarla, en Sant Julià de Vilatorrada (hecho segundo de la demanda y de la contestación).

Vitotrans, en la declaración ante el juzgado, dice que no recuerda a quién subcontrató para el transporte e incluso que no subcontrató a nadie, porque el camión no se llegó a cargar. Pero consta en autos su denuncia de 18 de marzo de 2013 ante la Policía autonómica vasca, por apropiación indebida y sustracción de la mercancía objeto de este litigio. En aquel momento, manifestó: que contrató con la empresa Jasmin Hamzabegovic, de Munich, para el transporte desde Sant Julià de Vilatorrada hasta Bulgaria; que esa empresa subcontrató para el servicio a Cyber-Trans BT, de Budapest, y que el 8 de marzo de 2013, un camión con matrícula WNU , conducido por Zsot Layos Darvas, con permiso de conducir **húngaro** -indicó su número- recogió la mercancía en origen, aunque esta no llegó a destino. Vitotrans dijo que había intentado contactar con Rafaela, sin obtener respuesta (f. 29).

La actora manifiesta que no recibió la mercancía. Así lo comunicó el mismo mes de marzo a Sip Impex (f. 39 y ss.). La no entrega de la mercancía en Bulgaria la aseveran los testigos Sra. Rosario (intérprete que intervino en la contratación) y Sr. Luis María (que dice ser representante de la compañía búlgara destinataria de la mercancía). Como se ha dicho, también Vitotrans asumió la versión de Luis Andrés -no obtuvo explicaciones del último porteador- y no consta justificante alguno de la entrega de la mercancía en destino.

Lo cierto es que la fotocopia de la carta de porte CMR aportada con la demanda -de difícil legibilidad- es parcial y oculta algunas casillas. Falta, entre otras, la casilla número 24, muy relevante en el caso, porque en ella habría de constar el recibo de la mercancía y la firma y el sello del destinatario, acreditativos de la entrega de la mercancía en destino (f. 26).

La norma aplicable

Ambas partes invocan, como norma aplicable, la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena, el 11 de abril de 1980 (CV).

Sobre el lugar de entrega de las mercaderías, el artículo 31 del CV establece que "si el vendedor no estuviere obligado a entregar las mercaderías en otro lugar determinado, su obligación de entrega consistirá: a) Cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías, en ponerlas en poder del primer porteador para que las traslade al comprador [...] c) En los demás casos, en poner las mercaderías a disposición del comprador en el lugar donde el vendedor tenga su establecimiento en el momento de la celebración del contrato".

Es aplicable a nuestro caso el artículo 31.a) -no el apartado c) invocado por la demandada-. Las alegaciones de ambas partes no dejan duda de que el contrato de compraventa implicaba el transporte de las mercancías.

Así lo evidencia, junto a los documentos ya mencionados, el "*Trade document*" aportado con la demanda (f. 22 y siguientes). Los términos de entrega (*terms of delivery*) fueron CIP. Este incoterm (de *Carriage and Insurance Paid to*) indica que el vendedor se obliga a hacer llegar la mercancía al destino acordado con el comprador, por el medio de transporte que el vendedor decida, y se obliga a pagar el coste del transporte internacional hasta el destino convenido (aquí Parvomai, Bulgaria) y el seguro también hasta ese destino. La transferencia del riesgo se realiza en el momento en que la mercancía ha sido cargada a bordo del medio de transporte en el punto de carga en origen.

El artículo 9 CV dice: "1. Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

2. Salvo pacto en contrario se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate".



Valoración de este tribunal

De conformidad con el pacto CIP, fue Sip Impex quien contrató el transporte -y a quien este se facturó- y es Sip Impex quien aparece como remitente en el CMR.

Por lo que respecta al seguro, de las cartas cruzadas entre las partes, en marzo y abril de 2013, se desprende que Sip Impex lo contrató -con Allianz, según manifestó entonces-. Ahora bien, esa cuestión, decisiva en caso de pérdida de las mercancías, ha estado llamativamente ausente del litigio.

Cuando la compraventa es en régimen CIP, el seguro que se obliga a contratar el vendedor cubre el riesgo que recae sobre el comprador, es decir, cubre el riesgo de pérdidas o daños durante el transporte. Por tanto, el beneficiario del seguro es el comprador. Sip Impex debía contratar un seguro que permitiera a Luis Andrés reclamar directamente del asegurador y, por tanto, tenía que entregar al comprador la póliza o un documento habilitante.

En marzo y abril de 2013, la demandada contestó a la reclamación de la actora dándole a entender que la aseguradora, una vez hechas las investigaciones sobre los hechos, iba a pagar, no a Luis Andrés, sino a Sip Impex -"una vez nuestra empresa haya cobrado de la compañía aseguradora vamos a cargar gratuitamente un camión de tripas de cordero o devolveremos el dinero que el Sr. Alfredo [de la actora] nos pagó, 52.500 €. No sabemos la fecha en que cobraremos de compañía de seguros pero esperamos que sea entre 2 y 4 meses máximo."

Casi dos años después, cuando contesta la demanda de este juicio, Sip Impex guarda silencio sobre el seguro -tampoco lo menciona la actora-. Ignoramos si la demandada percibió la indemnización o si le fue denegada y por qué. En cambio, Sip Impex insiste en atribuir la responsabilidad de la pérdida -si la hubo; ahora lo pone en cuestión- a la transportista y reitera la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse demandado a Vitotrans. Ese litisconsorcio necesario debe desestimarse, como hizo la juez. La reclamación de la compradora lo es frente a la vendedora, por incumplimiento del contrato de compraventa, sin perjuicio de las acciones que una u otra ostenten contra la transportista, en virtud del contrato de transporte, que no son objeto de este litigio.

Sobre la transmisión del riesgo, el CV establece en el artículo 66: "La pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a éste de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor".

El artículo 67.1 CV, en su primer inciso, dice: "Cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías y el vendedor no esté obligado a entregarlas en un lugar determinado, el riesgo se transmitirá al comprador en el momento en que las mercaderías se pongan en poder del primer porteador para que las traslade al comprador conforme al contrato de compraventa".

Por tanto, en principio, atendido que Sip Impex transmitió el riesgo a la compradora en el momento en que las mercancías se cargaron en el camión WNU - con supervisión de la propia demandante-, debería ser absuelta de la demanda.

Sin embargo, el artículo 70 CV dispone que "si el vendedor ha incurrido en incumplimiento esencial del contrato, las disposiciones de los artículos 67, 68 y 69 no afectarán a los derechos y acciones de que disponga el comprador como consecuencia del incumplimiento".

Conforme al artículo 25 CV, "el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación".

La parte demandada, vendedora, no cumplió con su obligación contractual tendente a la indemnidad de la otra parte en caso de pérdida de la mercancía, que debía instrumentalizarse mediante el seguro de rigor. Sip Impex no tenía obligación de entregar la mercancía en Bulgaria, como dice la sentencia del juzgado, sino de entregarla donde la entregó -poniéndola en poder del primer porteador-, pero debía proporcionar el seguro a la compradora (incluido en el precio, atendidas las condiciones CIP).

Ciertamente, la compradora, tras el siniestro -la no llegada de la mercancía a destino es un hecho negativo de difícil prueba; es más sencillo probar el hecho positivo de la entrega, preferentemente mediante el documento de transporte destinado a ese fin-, podía haber requerido a la vendedora para que le facilitara el seguro. Pero, en aquellos momentos consecutivos a la pérdida, en un acto propio que le vincula, la demandada asumió que sería ella quien trataría con la aseguradora, cobraría la indemnización y luego devolvería a la actora lo que esta pagó como precio de la compraventa (o cargaría una nueva remesa). Después nada ha justificado o alegado sobre el particular. En la actualidad, más de cinco años después de la pérdida de la mercancía, difícilmente



serviría que facilitara a Luis Andrés la documentación del seguro. Lamentablemente, el legal representante de Sip Impex no ha comparecido en el juicio, alegando una dolencia que le desaconseja esfuerzos físicos pero no consta que le impida contestar unas preguntas en el juzgado -o administrar la sociedad mercantil-. Nos hemos visto privados así de una prueba que podría haber sido muy útil para conocer lo ocurrido.

Por lo expuesto, confirmaremos la sentencia, en parte.

Cuantía de la condena

La reclamación dineraria de la demandante lo es por dos conceptos: (i) el precio pagado de la compraventa y (ii) el lucro cesante.

(i) En cuanto al precio pagado, ya se ha expuesto que no hay recibo que lo acredite. La factura no cumple esa función puesto que no hace constar pago alguno, sino solamente el importe de las mercancías compradas y la indicación de que tiene que pagarse al contado (f. 21). Aunque esa indicación sugiere que así debió de ser, no la consideramos suficiente, máxime ante la facilidad probatoria de un pago de cuantía considerable. Por tanto, se estará a la suma de 52.500 euros, reconocida por Sip Impex (f. 41).

A esa suma deberán añadirse, conforme al artículo 84.1 CV, los intereses legales, a partir de la fecha en que se haya efectuado el pago, es decir, a partir del 8 de marzo de 2013.

(ii) Tampoco consideramos probado el lucro cesante consistente, según se alega, en una penalización pactada, de 1,30 euros por kilo, a favor del cliente final de la actora, Güller Gida, de Estambul. En el juicio declara como testigo, a petición de la actora, el Sr. Luis María, quien afirma ser -sin que conste acreditación documental- representante legal de Invest Ivanov, SL, el intermediario búlgaro que contrató con Güller Gida. Afirma que Invest Ivanov tuvo que pagar esa indemnización, por incumplimiento, a la empresa turca, pero reconoce que no ha aportado ninguna constancia documental de ese pago. Lógicamente, tampoco la ha aportado la parte actora. La suma reclamada por ese concepto no es nimia y el medio del pago realizado debió de dejar constancia documental.

Por lo que respecta al documento adjuntado a la demanda (f. 45), traducción de un contrato entre la sociedad búlgara destinataria de la mercancía transportada (Invest Ivanov) y la sociedad turca compradora final (Güller Gida), en el que se pacta la penalización de 1,30 euros por kilo si la vendedora no cumple, no podemos tener por probada ni su veracidad ni su fecha. El documento dedica dos líneas al contrato de suministro (sin ni siquiera pacto sobre el precio) y el triple de líneas al pacto de indemnización.

En consecuencia, la condena de Sip Impex quedará reducida al pago de 52.500 euros, más los intereses legales desde el 8 de marzo de 2013. En estos términos se estimará el recurso de apelación.

Costas

La estimación, en parte, del recurso de apelación y de la demanda determina que no se impongan las costas de ninguna de las dos instancias (artículos 394.2 y 398.2 LEC).

FALLAMOS

Estimamos, en parte, el recurso de apelación de SIP IMPEX, SL, contra la sentencia dictada, el 6 de febrero de 2017, por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Vic, en el juicio ordinario número 546/2014, instado por Luis Andrés, contra SIP IMPEX, SL.

Revocamos la sentencia del juzgado EXCLUSIVAMENTE en el sentido de que fijamos el importe a pagar por SIP IMPEX, SL, a Luis Andrés en 52.500 euros, más los intereses legales desde el 8 de marzo de 2013.

No se imponen las costas de ninguna de las dos instancias.

Devuélvase el depósito prestado para recurrir.

Contra la presente sentencia cabe recurso de casación por interés casacional (si el recurso presenta tal interés conforme a la ley) y recurso extraordinario por infracción procesal, éste último si se presentare conjuntamente con el primero. Deberán ser interpuestos, en su caso, ante esta Sección, en el plazo de veinte días, constituyendo el depósito correspondiente.

Conforme a la Ley 4/2012, de 5 de marzo, del Parlamento de Cataluña, si hubiese de fundamentarse el recurso, aunque sea en parte, en infracción del ordenamiento jurídico catalán, cabría recurso de casación, en caso de apreciarse contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña o del antiguo Tribunal de Casación de Cataluña, o por falta de dicha jurisprudencia.



Firme esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio para su cumplimiento.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ