



Roj: **SAP V 641/2019 - ECLI: ES:APV:2019:641**

Id Cendoj: **46250370092019100125**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **9**

Fecha: **16/01/2019**

Nº de Recurso: **1443/2018**

Nº de Resolución: **40/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PURIFICACION MARTORELL ZULUETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO NÚM. 001443/2018

M

SENTENCIA NÚM.: 40/2019

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS

DOÑA ROSA MARIA ANDRES CUENCA

DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA

DOÑA MARÍA LUZ DE HOYOS FLÓREZ

En Valencia a 16 de enero de dos mil diecinueve.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA**, el presente rollo de apelación número 001443/2018, dimanante de los autos de Juicio Ordinario [ORD] - 000502/2015, promovidos ante el JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 3 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a MARMOLIA SL y MARMOLES SANTATERESA SL, representado por el Procurador de los Tribunales don/ña JOSE JOAQUIN PASTOR ABAD, y de otra, como apelados a TRANSPED SHIPPING LEVANTE SL representado por el Procurador de los Tribunales don/ña JOSE ANTONIO PEIRO GUINOT, en virtud del recurso de apelación interpuesto por MARMOLIA SL y MARMOLES SANTATERESA SL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 3 DE VALENCIA en fecha 8 de marzo de 2018 , contiene el siguiente FALLO: "*Que debo desestimar y desestimo la presente demanda formulada por el Procurador Sr. PASTOR ABAD, en la representación que ostenta de MARMOLIA S.L. y MARMOLES SANTATERESA S.L., contra TRANSPED SHIPPING LEVANTE S.L., apreciando la excepción de falta de legitimación activa del demandante, y en consecuencia, absolviendo a la demandada de todos los pedimentos realizados en su contra. Todo ello con expresa condena a la parte actora en las costas causadas.*

Llévese el original de esta resolución al Libro de Autos Definitivos dejando testimonio de la misma en las actuaciones."

SEGUNDO .- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por MARMOLES SANTATERESA SL y MARMOLIA SL, dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO .- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.



FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO . - La Sentencia del Juzgado Mercantil 3 de Valencia de 8 de marzo de 2018 desestima la demanda formulada por la representación de MARMOLIA SL y de MÁRMOLES SANTATERESA SL contra la entidad TRANSPED SHIPPING LEVANTE SL (al haber quedado fuera del proceso la entidad ZIM INTEGRATED SHIPPING SERVICES LTD, tras haber promovido la oportuna declinatoria) en ejercicio de acción de reclamación de cantidad como consecuencia de la pérdida de la mercancía transportada en régimen de conocimiento de embarque, correspondiente a la primera de las demandantes la reclamación de 9.909,27 euros y a la segunda la cantidad de 9560,15 euros.

El escrito de apelación (folio 519 y siguientes de las actuaciones) responde a la siguiente estructura:

1.- La alegación primera se desarrolla bajo la rubrica "aclaración sobre la pequeña confusión existente en el fundamento de derecho primero de la resolución que se recurre" y tiene por objeto precisar - en contra de lo apreciado en la resolución apelada - que no fueron las demandantes quienes contrataron en transporte de mercancías con la naviera ZIM INTEGRATED SHIPPING SERVICES (en adelante ZIM), sino la demandada TRANSPED SHIPPING LEVANTE SL (en lo sucesivo TRANSPED) quien fue, a su vez, quien emitió los conocimientos de embarque en los que figuran los términos "negotiable" y "consigned to order of".

Destaca en este apartado que al tiempo de la presentación de la demanda los conocimientos de embarque originales seguían en poder de las actoras, habiendo procedido la naviera a la entrega de la mercancía, no se sabe a qué empresa, sin la correlativa entrega del conocimiento de embarque, pese a la argumentación adversa de haberse entregado a la compradora ATHENE COMERCIO IMPORTAÇÃO Y EXPORTAÇÃO LTD (para lo sucesivo ATHENE) con sustento en la afirmación de permitirlo la legislación brasileña. Y añade a lo anterior que: a) se han alegado de adverso las excepciones de falta de legitimación activa y caducidad, negando su responsabilidad, y b) Transped presenta otro conocimiento de embarque entre ella y ZIM, a favor de la transitaria brasileña, sin la oportuna traducción, para generar confusión en el procedimiento.

2.- El segundo motivo de apelación tiene por objeto la estimación por el Juzgador de instancia de la excepción de falta de legitimación pasiva de la demandada (fundamento jurídico segundo de la sentencia). Afirma que la sentencia apelada acoge la falta de legitimación de las demandantes por las siguientes razones: a) porque la compraventa de la mercancía se hizo en condiciones ex work, b) porque los conocimientos de embarque librados por la demandada no obedecen a una relación contractual entre las cargadoras y el transitario, c) porque califica de relación extracontractual la existente entre las demandantes, la naviera y la transitaria, d) porque bajo el incoterm ex work no puede considerarse a las actoras como perjudicadas, e) porque los conocimientos de embarque fueron meros instrumentos acreditativos del recibo de la mercancía por la porteadora, f) porque, como consecuencia de lo anterior, las actoras no pueden alegar incumplimiento del transporte porque no fueron parte del mismo, sin perjuicio de su acción frente a la mercantil compradora brasileña.

Y manifiesta su más absoluta discrepancia con las anteriores conclusiones resultantes de la sentencia apelada.

3.- En lo que concierne a la normativa aplicable, admite que - conforme a lo señalado por la demandada - no es la Ley de Navegación Marítima de 24 de julio de 2014 sino la Ley de Transporte Marítimo de Mercancías en régimen de conocimiento de embarque de 1949 (Convenio de Bruselas de 1924 modificado por los Protocolos de 1968 y 1979, Reglas de la Haya Visby y Código de Comercio en lo que concierne al transporte marítimo).

4.- El apartado cuarto del recurso se encabeza con el siguiente título: "Definición del contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque según el art. 2 de la Ley de 22.12.1949 , aplicable al caso que nos ocupa en este procedimiento y por ende, en el recurso de apelación." El motivo tiene por objeto la transcripción y análisis de los preceptos que considera aplicables para concluir, a través de las mismas, en las siguientes consideraciones: a) el conocimiento de embarque regula las relaciones entre la naviera (y por ende del agente transitario) y el tenedor del documento, así como las responsabilidades por las pérdidas, averías o daños sufridos por las mercancías, conforme a la naturaleza del conocimiento de embarque; b) es prueba del contrato de transporte marítimo, c) es una garantía para el cargador o propietario de la mercancía de que no se despachará en el puerto de destino sino contra entrega del original que acredita el previo abono de la misma, d) el juzgador de instancia yerra al negar la existencia de una relación contractual entre la transitaria y la naviera (porteadores contractual y real) y el tenedor del conocimiento de embarque (las demandantes).

5.- En el ordinal quinto cuestiona la argumentación que se contiene en el fundamento jurídico segundo de la resolución apelada en lo relativo a la denominada "cadena de conocimientos de embarque" alegando que la resolución apelada carece de lógica inducida por la demandada hacia el error. Señala una creación ficticia de



intermediarios obviando que la función principal del conocimiento de embarque es la de garantizar al cargador la satisfacción del importe de la mercancía que remite al puerto de destino al no poder despacharse ésta si no es contra la entrega del documento original que no se entrega al destinatario hasta en tanto no procede al pago de la mercancía.

6.- El siguiente motivo de apelación cita las resoluciones judiciales que estima de aplicación al caso bajo la siguiente rúbrica: "La confusión del juzgador, inducida por TRANSPED SHIPPING entre el contrato de transporte marítimo al que se le incorpora las cláusulas mercantiles o incoterms y el contrato de transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque que son totalmente diferentes, cuestión esta que asimismo impugnamos en este recurso de apelación." La conclusión que extrae de las Sentencias de esta Sección 9ª de la Audiencia de Valencia de 17 de noviembre de 2004 y 13 de noviembre de 2008 es la de que *"no se debe de confundir el contrato de compraventa de mercancías ... que puede hacerse en condiciones ex Works, con el contrato de transporte marítimo en régimen de Conocimiento de Embarque que es el que regula las relaciones entre el porteador, la naviera, su representante o comisionista el transitario y el tenedor de los originales de los Conocimientos de Embarque, que es el cargador al que no le afecta las circunstancias del contrato entre vendedora y compradora al ser tanto el porteador como transitario ajenos a dicho contrato..."* Considera que la sentencia pone de relieve el desconocimiento absoluto de la regulación del contrato internacional de mercancías y el contrato de transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque, consecuencia del totum revolutum que resulta del escrito de contestación a la demanda.

7.- El séptimo motivo se refiere a la responsabilidad solidaria del transitario y del porteador por la defectuosa realización del transporte marítimo de mercancías. La demanda se sustenta en la pérdida o entrega indebida de las mercancías amparadas en los conocimientos de embarque originales acompañados a la misma, con invocación de las resoluciones judiciales que estima de aplicación al caso (folios 529 a 536).

8.- Argumenta a continuación sobre la aplicación del artículo 10 del Convenio Internacional para la Unificación de ciertas reglas de conocimiento de embarque de Bruselas de 25 de agosto de 1924, modificada por el protocolo de 1968 - Reglas de la Haya Visby - que indican las condiciones de aplicación de dicha normativa. Afirma - con cita de la norma señalada - que el conocimiento de embarque fue formalizado en un estado contratante (España) y el transporte marítimo se inició en el puerto español de Valencia, por lo que el conocimiento de embarque se rige por las leyes de España con independencia de la **nacionalidad** del buque.

9.- En el siguiente ordinal se ocupa de la estimación de la falta de competencia en cuanto a la demanda presentada contra ZIM y señala - respecto de los argumentos adversos y el contenido de los documentos aportados al proceso - la existencia de una voluntad de confusión al juzgador por la parte demandada dirigida a la inhibición de los tribunales españoles respecto de los procedimientos instados y para disuadir a los perjudicados de la presentación de reclamaciones, con un claro perjuicio respecto de los exportadores españoles, que quedan indefensos.

10.- La representación de las demandantes se refiere, a continuación, al argumento de la caducidad de la acción que aparece en el sub-epígrafe 4 del apartado V de los fundamentos de derecho del escrito de TRANSPED y que tiene por objeto justificar la irregular entrega de las mercancías en Brasil sin el conocimiento de embarque original y destacar que a la presentación de la demanda el 22 de abril de 2015 la acción estaba caducada. Se refiere para desvirtuar las alegaciones adversas a la negociación previa dirigida a la resolución del conflicto entre las partes, a la inexistencia de controversia sobre la realidad de la negociación - que se prolongó durante meses - y a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2010 relativa a la interrupción del plazo de prescripción. Argumenta en tal sentido con sustento en el hecho de no haberse pronunciado la resolución de instancia sobre el fondo del asunto como consecuencia de haber sido acogida la falta de legitimación de sus representadas. Con cita de las resoluciones judiciales que estima de aplicación al caso insiste en que la acción no está prescrita.

11.- Finalmente, en el último de los motivos de apelación se ciñe a la condena en costas de la primera instancia por considerar que, si prospera su recurso, deben ser impuestas a la parte demandada.

Y suplica la revocación de la resolución apelada, la estimación íntegra de sus pretensiones de condena (más los intereses legales desde la retirada ilegal o irregular de la mercancía en Brasil) y la condena en costas de la primera instancia, todo ello con referencia a la codemandada TRANSPED.

La representación de TRANSPED se opone al recurso de apelación por las razones que constan a los folios 554 y siguientes de las actuaciones, de los que se desprenden los siguientes argumentos (a modo de síntesis): a) la confusión que dimana del contenido del recurso, b) la prohibición de mutatio libelli por referencia al cambio de normativa de aplicación al caso respecto de lo alegado en la demanda, c) la corrección de los argumentos que resultan de la fundamentación de la sentencia dictada por el Juzgado de lo mercantil, d) la compraventa ex Works y la falta de prueba de pacto de entrega de la mercancía contra pago de la misma, e) las demandantes no



son parte en el contrato de transporte marítimo, y en consecuencia, no pueden reclamar, f) falta de prueba de que se impartiera a su representada instrucciones sobre la entrega de las mercancías y pago de las mismas, g) ausencia de responsabilidad como consecuencia de la actuación conforme a la normativa brasileña aplicable y en vigor, que permite la entrega sin el conocimiento original, h) caducidad de la acción: el plazo es de caducidad y no de prescripción, sin que haya mediado acuerdo entre las partes para la prórroga del plazo conforme al artículo 3.6 del Convenio Haya Visby . E interesa la desestimación del recurso de apelación con imposición a las demandantes recurrentes de las costas de la apelación.

SEGUNDO . - Punto de partida de nuestra resolución es el mantenimiento de aquellas cuestiones que ya han quedado zanjadas en la instancia y no son objeto del recurso, como la que se refiere a la declinatoria promovida por ZIM y resuelta por Autos de 11 de diciembre de 2015 y 19 de septiembre de 2016, por lo que no entraremos en las alegaciones que afectan a esta cuestión que no son propiamente objeto de la apelación.

Delimitados los términos del debate en la forma sintética expuesta, este Tribunal ha procedido - conforme a lo establecido en el artículo 456 de la LEC - a examinar de nuevo la totalidad de las alegaciones respectivamente deducidas por los litigantes en el proceso, así como a la revisión de la totalidad de la prueba practicada y contenido de la sentencia apelada.

Como consecuencia de la revisión apuntada hemos llegado a las conclusiones que expondremos en los siguientes fundamentos jurídicos (dando respuesta a las diversas cuestiones planteadas conforme a los artículos 218 y 465.5 de la LEC), no sin antes hacer una breve referencia al iter cronológico que resulta del expediente remitido a este Tribunal y a los elementos a tomar en consideración a los efectos de nuestro pronunciamiento, en cuanto esenciales para la resolución de las diversas cuestiones jurídicas vinculadas a los hechos acaecidos.

Dicho esto, de lo actuado en el procedimiento (en particular de la prueba documental aportada respectivamente por las litigantes) se desprende:

1.- La existencia de sendas operaciones de adquisición de mármol por la entidad brasileña ATHENEE a las demandantes MARMOLIA SL y MÁRMOLES SANTA TERESA SL, por importes respectivos de 9.909,27 euros y 9560,15 euros, tal y como se desprende de los documentos 2 y 3 adjuntos a la demanda, de fechas 28 y 27 de junio de 2013, respectivamente.

2.- A los folios 36, 37 y 38 de las actuaciones constan los tres originales del conocimiento de embarque OS13/19334/3 (con su correspondiente traducción jurada a los folios 39 y siguientes), de los que se desprenden los siguientes datos relevantes para la resolución de la presente controversia:

Insistimos en que se trata del documento original, porque así se aprecia a simple vista y se hace constar en el mismo. Se trata de un conocimiento de embarque negociable expedido conforme a las regulaciones UNCTAD/ICC para documentos de transporte multimodal. Se emitió en Valencia (España) el 7 de julio de 2013, expidiéndose tres originales (se indica expresamente) y con abono del flete en origen.

El emisor del conocimiento de embarque es la demandada TRANSPED (domiciliada en el puerto de Valencia, según se hace constar en el mismo). En el documento aparecen como expedidor (cargador) las dos entidades demandantes, como destinataria la entidad brasileña compradora, cuyo domicilio social en Brasil se fija como domicilio para la recepción de notificaciones, La mercancía (cuya descripción y peso se contiene en el documento) viajaría en el buque MSC MADRID desde el puerto de Valencia (puerto de carga) hasta el puerto de Santos (descarga) en Brasil.

En el anverso del documento - sin que se haya cuestionado su traducción - se dice literalmente: "*Mercancía tomada para carga en aparente buen orden y condición, a menos que se indique lo contrario en el presente, en el lugar de recepción para el transporte y su entrega como se indica más arriba. / **Uno de estos Conocimientos de Embarque multimodales debe entregarse, debidamente sellado, a cambio de la mercancía** . / En testimonio de lo cual, Los Conocimiento de Embarque de transporte multimodal originales, todos del mismo tenor y fecha, han sido firmados con el número indicada abajo, una vez cumplido el presente, los restantes (si los hubiere) quedan anulados "* (el destacado en negrilla es nuestro).

En las condiciones generales al dorso del documento se contempla, en la estipulación octava, la responsabilidad del transportador en el período comprendido entre la recepción de la mercancía y su entrega por daños o pérdida, en los términos que resulta de la indicada condición general. La cláusula de sumisión a Ley y Jurisdicción indica que "*el presente conocimiento de embarque se rige por las leyes de España y China* " con sometimiento de la controversia a los Tribunales españoles. El propio texto de las condiciones generales indica que el conocimiento de embarque es la prueba del contrato de transporte, en el que se identifican los elementos subjetivos (en la condición primera, intitulada "definiciones") y entre ellos se encuentra el expedidor de la mercancía y el consignatario de la misma.



3.- De los diversos correos electrónicos adjuntos a la demanda en los que interviene la demandada (folios 45 y siguientes del expediente) se desprende que, pese a que los originales de los conocimientos de embarque nunca salieron de España porque se estaba a la espera del pago de la mercancía, los contenedores en que se transportó la misma fueron retirados en destino (folio 47 de las actuaciones) con la correspondiente sorpresa para el tenedor de la documentación que hubiera debido permitir la entrega (folio 46). Los indicados correos se corresponden al período comprendido entre el 19 y el 25 de septiembre de 2013, correspondiendo la primera fecha a la petición de localización de diversos contenedores y de identificación de la fecha de llegada a destino. Se hace referencia a tres distintas cargas: la primera llegó el 21 de julio y fue retirada al siguiente día (esta es la litigiosa), la segunda el 31 de julio y se retiró el mismo día, y la tercera el 13 de agosto de 2013 y también se retiró el mismo día de llegada.

4.- Previo a la presentación de la demanda (4 de mayo de 2015) las ahora demandantes dirigieron requerimiento a TRANSPED fechado el 26 de noviembre de 2013 (folio 54) en reclamación de la cantidad de 19.469,42 euros, alegando que las mercancías fueron retiradas en el puerto de destino (Santos, en Brasil) "sin la contraentrega del necesario Conocimiento de Embarque" cuyos originales permanecían en poder de las vendedoras.

Más adelante, en fecha 15 de octubre de 2014 volvieron a cursar requerimiento en los mismos términos señalados (documento 13 de la demanda, al folio 62) y se desprende de lo actuado que en el mes de enero de 2015 seguían los contactos entre las partes (incluso en el mes de diciembre anterior se hace referencia a una reunión en la que se discutía acerca de la responsabilidad de TRANSPED - folio 68-).

5.- Consta que la naviera ZIM, que llevó a cabo el transporte marítimo, es de **nacionalidad** israelí y ha quedado fuera del procedimiento que nos ocupa como consecuencia de la estimación de la declinatoria que propuso con sustento en el conocimiento de embarque aportado al folio 104 de las actuaciones en el que aparece como shipper (expedidor) la demandada TRANSPED y como destinataria de la mercancía FLECH INTERNATIONAL AGENCIAMIENTO DE TRANSPORTES LTDA (en lo sucesivo FLECH) sin que en dicho documento aparezca en la casilla del anverso la descripción de la mercancía que viajaba en dos contenedores. No obstante, coincide el buque, el puerto de salida (Valencia) y el puerto de destino (Santos, en Brasil), y la identificación de los contenedores descritos en el conocimiento de embarque previamente emitido por TRANSPED a las demandantes. De la traducción de este segundo conocimiento de embarque (folio 106) resulta que, a diferencia del emitido por TRANSPED, se hace constar que "**De conformidad con las regulaciones locales de destino, las autoridades portuarias y/o las autoridades aduaneras en destino podrán entregar la carga a quien figure como parte a avisar o al destinatario sin entrega del original del conocimiento de embarque y sin notificar al transportista**".

ZIM aportó como documento 3 - folio 119 - dos originales del conocimiento anterior con descripción de la mercancía, de los tres que fueron emitidos en su relación con la demandada TRANSPED.

6.- La entidad TRANSPED aportó la siguiente documentación con su escrito de contestación a la demanda:

Como documento 1 Incoterms 2010 para el uso de términos comerciales nacionales e internacionales.

Información extraída de la página web de FLECH para acreditar los servicios que ofrece dicha empresa.

Los correos electrónicos entre FLECH y TRANSPED de 18 de junio de 2013 cuyo objeto era la reserva de contenedores para el transporte de la mercancía relativa a la operación de compraventa entre las actoras y Athenee (folio 134) y la correspondiente orden de recogida de la mercancía (folios 176 y 177 ambos vueltos).

Fotocopia del conocimiento de embarque emitido por ZIM a cuyo original ya hemos hecho referencia anteriormente.

Diversas publicaciones emitidas entre mayo y julio de 2013 por varias compañías relacionadas con el negocio marítimo sobre liberación de carga de importación en Brasil (folios 182 y siguientes).

Los mismos correos electrónicos cruzados entre TRANSPED y MÁRMOLES NOVELDA a que hemos hecho anterior referencia, en orden a la localización de los contenedores y averiguación de su paradero en el mes de septiembre de 2013.

Diversos correos electrónicos (documento 10) intercambiados entre la demandada y la entidad Pérez y Cia (al folio 188 y siguientes del proceso) de los que resultan las conversaciones dirigidas a averiguar quien autorizó el despacho de la mercancía, por qué se autorizó y el día en que tuvo lugar el despacho de los contenedores. La entidad demandada, en el correo de 26 de noviembre de 2013 dice literalmente: "**Me comentó Valeriano que llamaste para ver cómo estaban estos embarques. Mi cliente dice tener los BL originales y Valeriano dice que la mercancía se ha despachado. ¿Podrías confirmarlo?**". Y seguidamente identifica los tres contenedores a los que nos hemos referido en apartados anteriores. A dicho correo la entidad Pérez y Cia (actuando en



representación de la naviera) responde el 18 de diciembre de 2013 : " **Estimado Luis , no se han presentado originales en Santos, no se ha hecho el pago, considerando que FLECH es un consignatario quizás han retirado las mercancías de la terminal con el <house bill>. En nuestro sistema la mercancía aún está bloqueada, pero físicamente ya ha sido entregada por Aduanas.**" (Los destacados en negrilla son nuestros).

El documento 11 consiste es el listado de países miembros del Convenio de La Haya Visby conforme al último anuario internacional emitido por el Comité Marítimo Internacional en 2014, incompleta, al estar repetida la última página que acaba con la referencia a Perú.

7.- En fecha 16 de septiembre de 2015, la demandada aportó como documento 12 (folios 224 y siguientes) traducido al español (folio 239 y siguientes) informe emitido por los abogados brasileños D. Godofredo Mendes Vianna y D. Lucas Leite Marques en el que explican que el régimen jurídico aplicable a la entrega de contenedores en los puertos brasileños entre junio y octubre de 2013 permitía la entrega en el puerto de un contenedor sin la presentación del conocimiento de embarque original por parte del destinatario o sus mandatarios, y en la práctica los destinatarios de los cargamentos conseguían la entrega en los puertos brasileños sin la presentación del conocimiento de embarque. En dicho informe se indica que debido a la situación generada por la entrega en la forma descrita, se emitieron alertas públicas por parte de las navieras avisando a sus clientes y a los operadores de comercio internacional, e incluso las navieras insertaron una advertencia en esa línea en los conocimientos de embarque respecto de la situación específica de Brasil para no asumir responsabilidades (dado que los destinatarios, ante la negativa de entrega interponían demanda y obtenían una orden judicial de entrega) debido a la doble presión que sufrían por parte de los destinatarios, de un lado, y de los cargadores, de otro. Dice literalmente en el párrafo 18: "*La situación se hizo tan alarmante que llegó al punto de que las autoridades aduaneras emitieran otra Instrucción Normativa para tratar de mitigar los efectos causados por la IN 1.356/2013. El 7 de febrero de 2014, en respuesta a las controversias surgidas en relación con la Instrucción Normativa 1.356/2013, el Departamento Federal de Hacienda publicó una nueva Instrucción Normativa (IN1.443/2014) que aclaraba que los propietarios del cargamento tenían que probar la propiedad de las mercancías, presentando el conocimiento de embarque original, para la entrega del cargamento.*" Y añade en el párrafo 20 que tras la promulgación de la nueva instrucción " *desaparecieron prácticamente la entrega de cargamentos sin la presentación de los conocimientos de embarque originales y las que todavía se encontraban pendientes de resolución en sede judicial comenzaron a resolverse con una interpretación más favorable a los transportistas...* ". Seguidamente emiten su opinión en términos de responsabilidad de los transportistas argumentando que sería razonable no considerarles responsables por hechos de esta naturaleza para el período comprendido entre mayo de 2013 y febrero de 2014 (folio 242).

8.- La naviera ZIM - tras haber quedado excluida del proceso como demandada -, en virtud de la prueba admitida en la Audiencia Previa, respondió al oficio remitido por el Juzgado (folio 353) informando al tribunal de los siguientes aspectos: a) las demandantes no contrataron con ella, sino que quien contrató a ZIM para la realización del transporte fue TRANSPED SHIPPING, b) no les consta haber recibido instrucción especial respecto a la entrega de los contenedores, c) entregaron la mercancía a quien presentó los conocimientos de embarque, d) en Brasil no era necesaria la presentación del original y en el conocimiento de embarque de la naviera se advertía expresamente de este hecho en la hoja segunda.

9.- Se aportaron en fase probatoria por PÉREZ Y CIA las comunicaciones relativas a la entrega en el puerto de Santos (Brasil) de los contenedores litigiosos (folio 361 y siguientes). Dichos correos están redactados en inglés y constan debidamente traducidos a los folios 385 y siguientes. Los interlocutores pertenecen al servicio de reclamaciones, seguros y prevención de siniestros de ZIM (Humberto), el supervisor de documentación de la naviera (Jacobo), el director de operaciones de PÉREZ Y CIA (Agente de ZIM) Justiniano , el director de atención al cliente también de PÉREZ Y CIA (Luis), y el ajustador de reclamaciones de Reclamaciones y Seguros Américas, Canadá, Caribe (Oscar). De ellos se desprende la existencia de un "conocimiento de embarque hijo" que posibilitó la entrega de la mercancía en Brasil sin presentar el "conocimiento de embarque madre" de Zim. En el correo de 31 de diciembre de 2013 Humberto le indica a Justiniano en relación a la cláusula de exoneración de responsabilidad de ZIM antes apuntada: "*¿debemos presuponer que el expedidor leyó y firmó el conocimiento de embarque antes de enviar la carga? Si es así, era plenamente consciente de las posibles consecuencias*" entre otras cuestiones dirigidas a aclarar lo sucedido en relación con la entrega de la mercancía en el puerto de Santos. Se constata de la lectura de los correos que: a) la mercancía se entregó en el puerto sin que se presentara el conocimiento de embarque ni se realizara el pago (folio 387), b) que fue FLECH - agente - quien obtuvo la posesión de la mercancía mostrando el "conocimiento de embarque hijo", c) la mercancía no fue pagada por FLECH pese a las reclamaciones que le fueron formuladas durante más de cuatro meses, ni tampoco procedió al pago del transporte ni de los impuestos locales para los fletes.

10.- Se procedió a la tacha de las testigos propuestas por la parte actora Doña Celia y Doña Covadonga .



11.- En el acto de juicio se procedió a la práctica de la prueba de interrogatorio del legal representante de la entidad demandada TRANSPER, y la testifical de D. Vidal , Doña Celia , Doña Fermina y Doña Guadalupe , que este tribunal ha revisado (prescindiremos de las consideraciones jurídicas que se introdujeron en el interrogatorio).

11.1 El primero reconoció la emisión del conocimiento de embarque y el contenido del mismo, destacando que lo habitual es la entrega de la mercancía contra entrega del original, salvo que la legislación interna del país de destino indique otra cosa. También admitió la función de garantía que representa el conocimiento de embarque para el vendedor. Y admitió ser conocedor de la normativa de Brasil que supone una excepción. Indicó que el conocimiento de embarque documenta el contrato de transporte, que en este caso la mercancía se entregó sin el original, que tampoco su representada ha cobrado de Flench, y que Guadalupe fue la encargada de indagar lo que había pasado. El declarante estuvo en la reunión del mes de diciembre de 2014 en la que indicaron a la parte adversa que darían parte a la compañía de seguros para que les dijeran cómo tenía que obrar, sin que sepa cómo quedó la situación.

11.2 Guadalupe , empleada de la demandada (subdirectora general de la compañía) se ocupaba en aquella fecha de las relaciones internacionales (entre otras) e intervino en la tramitación del expediente de las demandantes, siendo conocedora de la emisión de los conocimientos de embarque relativos a las mismas, que responden al formato de su compañía. No le consta a quien se entregó la mercancía, ni quien los despachó ni dónde estaban, e hicieron gestiones con Flench (tras haber indicado el cliente - los demandantes - que no les habían pagado), desentendiéndose ésta totalmente del tema, sin darles información ni abonarles sus servicios.

La testigo estuvo presente en la reunión del mes de diciembre con los representantes de Marmolia. Ambas partes ya sabían que se había despachado la mercancía, sin que supieran ni dónde estaba ni quien las tenía. Fue una reunión cordial en la que expusieron el problema y mantuvieron la buena disposición en ayudarles que habían mantenido hasta entonces. En el seno de la reunión les pidieron responsabilidades. Ella argumentó que no eran responsables y les dijeron que pondrían los hechos en conocimiento de su seguro, ante la manifestación adversa de que se enfrentaban a una demanda. La testigo dio parte al seguro sin que obtuviera respuesta hasta mucho después porque la aseguradora tenía muchos contenedores entregados en Brasil sin conocimiento de embarque, y lo siguiente fue la presentación de la demanda por las actoras y la puesta en conocimiento de este hecho a la aseguradora cuyo letrado ha asumido la defensa en el procedimiento.

Negó haber pedido a la adversa que esperaran a demandar a la respuesta de la aseguradora, pero la valoración de esta testigo en este punto en particular y por su condición de empleada de la demandada (y asesorada por la dirección letrada del proceso, según se colige de su propia declaración) debe valorarse con extrema cautela, pues tanto en el caso del legal representante como en el suyo, la contundencia y anticipación de la respuesta (frente a la ambigüedad en otros temas) hace dudar de la espontaneidad de la misma, atendida la estrategia de la defensa [Sentencias de la AP de Murcia de 28 de octubre de 2010 (ROJ: SAP MU 2545/2010 - ECLI:ES:APMU:2010:2545 , y de esta Sección de 25 de julio de 2017 (ROJ: SAP V 3048/2017 - ECLI:ES:APV:2017:3048) 2 de mayo de 2018 (ROJ: SAP V 1965/2018 - ECLI:ES:APV:2018:1965)].

11.3 La testigo Fermina también es empleada de la entidad demandada y conocedora del hecho de la retirada de la mercancía sin la documentación, aunque para ella era impensable que eso sucediera porque los respectivos conocimientos de embarque estaban en poder de la naviera - por un lado - y por otro, de los cargadores. Se puso en contacto con la naviera para averiguarlo y le confirmaron lo ocurrido, aunque a su juicio no debieran haber podido retirar la mercancía sin la documentación.

A preguntas del letrado de la demandada - quien no mostró la misma confianza que con la anterior testigo, a la que se dirigió por su nombre de pila - manifestó que el transporte era ordinario y que Flench le dio instrucciones para preparar la documentación, preparándola la testigo como de ordinario. Afirmó que descubierto el incidente se limitó a preguntar a la naviera y a su agente lo que había pasado y facilitar la información a quien se la había solicitado.

11.4 Celia - quien fue objeto de tacha por la parte demandada, como ya hemos indicado con anterioridad - estuvo en la reunión del mes de diciembre de 2014 con el Sr. Víctor y Guadalupe . Dijo que en la misma hablaron de la responsabilidad derivada de los hechos, sin que Transped asumiera responsabilidad porque argumentaron que la entrega se produjo porque la ley brasileña les obligaba a la entrega. La testigo afirmó que él no reconoció culpa ni comentó nada en relación al seguro, manifestando a preguntas del magistrado que fue Guadalupe quien, al final de la reunión dijo que era un tema que tenían que hablar con los seguros, literalmente: "déjame que lo hablo con mis seguros". Y añadió a preguntas del letrado de la parte demandante que ella (Guadalupe) le dijo que no presentara la demanda "espera un poco a ver cómo ellos reaccionarán" y finalmente no hubo respuesta.

El letrado de la parte demandada no le formuló pregunta alguna.



11.5 Vidal (empleado de Pérez y Cia, agente de Zim en España) manifestó conocer todo el asunto y se refirió a la cláusula inserta en el conocimiento de embarque de Zim relativa a la imposibilidad de la naviera de retener la mercancía en atención a la normativa brasileña, que constituye una excepción en relación al resto de los países. Y distinguió entre el conocimiento de embarque interno (house) que es el de la transitaria y el emitido por la naviera, que para la misma es el único que vale.

TERCERO. - De conformidad con lo establecido en los artículos 218 y 465.5 de la LEC y atendido cuanto ha quedado expuesto en el precedente razonamiento jurídico en el que se describe el resultado de la prueba practicada en el proceso, la Sala pasa a dar puntual respuesta a las cuestiones planteadas con ocasión del recurso y de la oposición al mismo, en los siguientes términos:

3.1. Normativa aplicable.

Comenzamos por citar en este punto el contenido de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de SAP, Civil sección 15 del 05 de junio de 2018 (ROJ: SAP B 5777/2018 - ECLI:ES: APB:2018:5777) en la que, en un supuesto en el que, como ahora, los hechos acaecidos eran anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Navegación Marítima declara aplicables al caso las Reglas de la Haya Visby. Dice:

"No es controvertido que, en atención a las fechas de las expediciones (anteriores a la Ley de Navegación Marítima), el litigio debe resolverse de acuerdo con el Convenio de Bruselas sobre Conocimientos de Embarque (Reglas de la Haya), de 26 de agosto de 1924, que fue modificado por los Protocolos de Bruselas de 23 de febrero de 1968 (Reglas de Visby) y 21 de diciembre de 1979".

El hecho de que en la demanda se hiciera invocación de la Ley de Navegación Marítima 14/2014 que no estaba vigente al tiempo de producirse los hechos objeto de enjuiciamiento no impide que al tiempo de la interposición del recurso de apelación se corrija para invocar las normas vigentes en aquel momento, ni ello implica una alteración de los términos de la demanda como parece apuntar la parte demandada, máxime si se tiene presente el segundo párrafo del artículo 218 de la LEC, en virtud del cual *"El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes."*

Sin perjuicio de que este Tribunal pueda dar el valor que corresponda al informe emitido por los abogados brasileños en torno a las instrucciones normativas existentes en Brasil para la entrega de mercancías para el período comprendido entre el mes de mayo de 2013 y el mes de febrero de 2014 (conforme al artículo 281 de la LEC), no cabe desconocer que el presente procedimiento se sigue en España, entre empresas españolas, por mor de un conocimiento de embarque emitido por la entidad demandada, en el que ella misma incluye (y se trata de un contrato de adhesión) una cláusula de sumisión a la jurisdicción y ley española (condición general 3, al reverso del documento 6) tal y como hemos reseñado en el Fundamento Jurídico Segundo.

3.2. Legitimación.

La sentencia apelada parte de la operación de compraventa entre ATHENEE y las demandantes en condiciones ex work (según resulta de las facturas aportadas con el escrito de demanda) para considerar que por razón del incoterm indicado el riesgo de pérdida de la mercancía lo asume la compradora, lo que le permite concluir que las vendedoras demandantes no pueden considerarse perjudicadas si la mercancía sufre daños, careciendo de legitimación para reclamar frente a la entidad demandada ante la que afirma que la parte actora *"no puede alegar el incumplimiento del contrato de transporte"* por no haber sido parte en el mismo, con la consecuente desestimación de la demanda.

No compartimos la conclusión expresada por el magistrado "a quo", pues atendida la acción que se ejercita al amparo del documento 6 de la demanda (conocimiento de embarque emitido por TRANSPED en el que las demandadas son las expedidoras de la mercancía) y el propio reconocimiento de la cualidad de cliente efectuado por TRANSPED fuera del proceso (según se desprende de los correos electrónicos reseñados en el fundamento jurídico segundo, párrafo 6 apartado g), no cabe duda de la legitimación de las demandantes para articular la demanda frente a TRANSPED, quien, además, realizó las oportunas gestiones derivadas de los hechos origen del proceso frente a la agente de la naviera ZIM (Pérez y Cia).

Recordamos finalmente - y por razón de la posición que ocupa la demandada en el marco de las diversas relaciones contractuales que resultan del caso sometido a nuestro enjuiciamiento - que, para los transportes sometidos a la normativa anterior a la Ley de Navegación Marítima, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2011 afirma lo siguiente:

"Por un lado, el organizador, que contrata en nombre propio con el cargador la ejecución del transporte, el cual 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, en lo que al recurso importa, asume la responsabilidad por la mercancía, desde el momento en que la recibe bajo su custodia, aunque fuera antes de ser entregada al porteador efectivo."

No empece, a los efectos de reconocimiento de la legitimación activa y pasiva de las litigantes, la cláusula Ex Works que haya podido utilizarse en la compraventa previa al transporte, tal y como se desprende de la sentencia de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de abril de 2015 (ROJ: SAP B 2943/2015 - ECLI:ES:APB:2015:2943), máxime cuando las actoras tienen la condición de cargadoras en el conocimiento de embarque en que se sustenta el litigio.

Esta Sección de la Audiencia Provincial de Valencia ya se había pronunciado sobre la cuestión en la Sentencia de 13 de noviembre de 2008 (ROJ: SAP V 5065/2008 - ECLI:ES:APV:2008:5065) citada por la recurrente, en la que decíamos: " *Argumenta la impugnante la falta de legitimación activa ad causam de la demandante en el hecho de que la venta se efectuó en condiciones determinadas ex works o ex factory que impedirían la reclamación del demandante, pues perdió la vinculación con la mercancía, que correspondería al comprador. Ahora bien, el actor reclama por un inadecuado cumplimiento del contrato de transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque, invocando actuación negligente que conllevó la pérdida de la mercancía -no en el propio transporte, sino en actuaciones previas a la llegada de la mercancía, que el actor califica de escasamente cuidadosas- y, de hecho, aporta con la demanda los conocimientos de embarque originales. (...) En cualquier caso, la legitimación del demandante, aun suponiéndose, derivaría de una cuestión distinta, que es el incumplimiento de las obligaciones contraídas conforme el conocimiento de embarque. La condición apuntada, conforme al INCOTERM EXW Ex - Works, Ex -Factory, Ex -Warehouse, implica que "el vendedor ha cumplido su obligación de entregar al poner la mercadería en su fábrica, taller, etc. a disposición del comprador. No es responsable ni de cargar la mercadería en el vehículo proporcionado por el comprador ni de despacharla de aduana para la exportación, salvo acuerdo en otro sentido. El comprador soporta todos los gastos y riesgos de retirar la mercadería desde el domicilio del vendedor hasta su destino final.", pero, obviamente, se refiere a la relación entre vendedor/comprador, que es relación jurídica distinta de la alegada por el demandante frente a los codemandados, que se ciñe, como hemos indicado, al indebido o inadecuado cumplimiento del contrato de transporte marítimo, documentado en conocimiento de embarque, pese a la expresa admisión de tales extremos que efectúa el representante legal de la actora al absolver posiciones tal y como resalta la demandada e impugnante. Se rechaza, por todo lo expuesto, la argumentación de dicha parte, en orden al óbice expuesto, que, en cualquier caso, forma parte de la cuestión de fondo, como primer elemento a examinar. "*

Finalmente, no podemos desconocer el hecho de que la demandada, fuera del procedimiento, ha reconocido legitimación a las demandantes - considerándolas sus clientes y manteniendo reuniones con ellas para tratar el asunto - por lo que, conforme a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 15 de julio de 2014 (ROJ: SAP BI 1627/2014 - ECLI: ES: APBI:2014:1627) no cabe ahora desconocer la legitimación previamente reconocida.

3.3. Sobre la caducidad de la acción.

Apreciada la legitimación de las demandantes para recurrir, la siguiente cuestión sobre la que debemos pronunciarnos es la relativa a la caducidad de la acción que se reproduce en el escrito de oposición al recurso de apelación, pues la demandada sostiene que no es de aplicación al caso la Ley de Transporte Marítimo sino el artículo 3.6 del Convenio de la Haya Visby , que establece un plazo de caducidad - que no de prescripción - de un año a contar desde la entrega de la mercancía o fecha en que deberían haber sido entregadas, sin perjuicio de la posibilidad de prórroga del plazo por acuerdo de las partes con posterioridad al hecho que da lugar a la acción.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente sobre el plazo invocado por la representación demandada en sus escritos de contestación a la demanda y de oposición a la apelación. Y para la reseña de la doctrina que citaremos seguidamente no podemos olvidar los siguientes aspectos:

El momento temporal en que se producen los hechos que dan origen al litigio (2013) a los efectos de la aplicación de la normativa entonces vigente, como puso de manifestó la parte demandada al rebatir los fundamentos de la demanda relativos a la Ley de Navegación Marítima de 2014.

El transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque entre el puerto español de Valencia y el puerto brasileño de Santos, de manera que concurre el elemento de internacionalidad a tener en cuenta.

El hecho de que en el conocimiento de embarque que rige la relación entre las litigantes, la demandada ha incorporado una cláusula de sumisión a la ley española, siendo españolas, además, ambas partes litigantes, sin que ello suponga la alteración del carácter internacional del transporte operado.



La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de los convenios internacionales en materia de conocimiento de embarque.

Dicho esto, invocada la caducidad de la acción por la demandada al amparo de lo establecido en las Reglas de la Haya Visby, citamos, en primer término, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1985 (ROJ: STS 323/1985 - ECLI:ES:TS:1985:323) - cuyos criterios se reiteran en otras posteriores - de la que resulta:

Que el plazo para el ejercicio de la acción concedida para reclamar por pérdidas y daños es de caducidad y no de prescripción, como ya tenía declarado de forma terminante en las sentencias de 30 de mayo de 1984 y 29 de enero de 1985 (ROJ: STS 1378/1985 - ECLI:ES:TS:1985:1378).

[Tal criterio se mantiene no sin vacilación - como veremos - en la Sentencia de 29 de junio de 2016 (ROJ: STS 3144/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3144), expresando, que por ser plazo de caducidad y no de prescripción, no admite interrupción].

Que, siendo el plazo de caducidad, nada impide su ampliación por voluntad de las partes, tesis asumida totalmente por la Sala en las sentencias citadas, y anteriormente en la de 25 de mayo de 1979, y posteriormente en la de 30 de junio de 1987 (ROJ: STS 4588/1987 - ECLI:ES:TS:1987:4588), con apoyo en el principio de autonomía de la voluntad que en materia de ampliación no contradice las leyes, la moral, ni el orden público.

El Tribunal Supremo, en los supuestos enjuiciados en las resoluciones recién citadas contempla casos en los que la ampliación del plazo de caducidad resultaba de acuerdos o convenios expresos entre las partes.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de noviembre de 2018 (ROJ: SAP B 10855/2018 - ECLI:ES: APB: 2018:10855) sostiene la desestimación de la excepción de caducidad cuando se acompañan a la demanda correos electrónicos en los que las partes acuerdan extensiones, aún condicionadas a la eventual legitimación de las partes, por suponer una ampliación convencional del plazo de caducidad.

Sin embargo, la cuestión relativa a la naturaleza del plazo indicado como de caducidad y no de prescripción no es totalmente pacífica, pues la Audiencia Provincial de Alicante, en Sentencia de 11 de marzo de 2011 (ROJ: SAP A 645/2011 - ECLI:ES:APA:2011:645), con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2001 (en referencia al artículo 22.4 de la LTM de 22 de diciembre 1949 y el artículo 3º, 6, párrafo cuarto del Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque, de 25 de Agosto de 1924 según modificaciones de los Protocolos de 1968 y 1979, modificaciones publicadas conjuntamente en el Boletín Oficial del Estado de 11 de Febrero de 1984), sostiene que el plazo es de prescripción, y por tanto susceptible de interrupción. Y en línea con lo expuesto, la Ley de Navegación Marítima en el artículo 285 considera el plazo de un año para el ejercicio de acciones por pérdida de mercancías es plazo de prescripción, en discrepancia con la interpretación que habían venido haciendo los tribunales conforme a la normativa precedente.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2005 (ROJ: STS 7709/2005 - ECLI:ES:TS:2005:7709) analiza un transporte en régimen de conocimiento de embarque en el que el puerto de origen correspondía a un Estado (China) que no tiene la condición de Estado Contratante en el Convenio de Bruselas, que, por esta razón no era aplicable al caso, dado que tampoco existía norma de sumisión a las normas de tal convenio. En dicho contexto afirmó que era aplicable la legislación española con forme al artículo 10.5 del Código Civil y en particular el artículo 952.2 del C. de Comercio, que fija un plazo de prescripción de un año, y por tanto es susceptible de interrupción. Y afirmó: "*La demandada, como se declaró en la sentencia recurrida, se había comprometido a realizar el transporte y lo hizo con medios que no eran suyos, sino de un tercero al que subcontrató. Su responsabilidad como porteadora, aunque no lo hubiera sido efectivamente, dimana normativamente del régimen del contrato por el que asumió dicha obligación y fácticamente de la ejecución de ésta, en una de sus fases.*"

Teniendo presente cuanto se ha expuesto, pasamos al examen del caso sometido a nuestra decisión, debiendo precisar ahora la existencia de una serie de diversas particularidades que la Sala no puede obviar en su pronunciamiento, como tampoco el criterio mayoritario sostenido por los tribunales en orden a la naturaleza del plazo - del que era partícipe la sección 9ª de la Audiencia de Valencia - en el momento temporal en el que se produjeron los hechos que enjuiciamos.

Nos consta que la demanda fue presentada el 4 de mayo de 2015 en el RUE, según consta en la estampilla correspondiente en la primera página del escrito.

Sin embargo, frente a la certeza del dies ad quem, la fecha de inicio del plazo es dudosa, y tal cuestión no es baladí, a tenor de lo que indicamos en la Sentencia de 25 de mayo de 2009 (ROJ: SAP V 1834/2009 - ECLI:ES:APV:2009:1834). En tal resolución decíamos: "*Siendo incontestado y reconocido que dicho plazo es de*



caducidad, dicho instituto a interpretar de forma restrictiva significa la falta del ejercicio del derecho dentro de los términos prefijados, exigiendo por ende, claridad y precisión entre el día inicial y el término final. Si bien dicho cómputo es taxativo y resulta indiferente para su aplicación el motivo de la inactividad del titular del derecho, la Sala no comparte los razonamientos de la recurrente para estimar que la acción está caducada, pues no siendo discutido que el término final (...), la dificultad o controversia estriba en el término inicial que la demandada de motu proprio signa (...) entendiendo es la fecha que debía ser entregada la mercancía. El planteamiento en la fijación de tal dato no puede admitirse y la Sala no estima acertado el criterio de la parte recurrente para fijar tal data representativa del días a quo, porque en el caso presente la mercancía nunca fue entregada (...) la carga de probar tal determinación corresponde a quien plantea la caducidad, su ausencia en modo alguno puede favorecer su posición."

Dicho lo cual, no podemos situar la entrega en el momento que indica la entidad demandada, en el mes de julio de 2013, pues aun siendo el plazo de caducidad, para el ejercicio de la acción se requiere tener la posibilidad de poder ejercitarla, lo que implica la necesidad de identificar el momento en que empieza a correr el plazo [como también se desprende de nuestras sentencias de 11 de noviembre de 2009 (Roj: SAP V 4262/2009), y de 20 de octubre de 2014 (ROJ: SAP V 5215/2014 - ECLI:ES:APV:2014:5215), en la que se declara que " *La entrega de la mercancía no llegó a producirse como consecuencia de su pérdida y no resulta de la documentación aportada por las partes en qué momento TI SA se había comprometido a efectuar la entrega en el punto de destino* ". Y de la de la Audiencia de Madrid de 27 de junio de 2014 (ROJ: SAP M 11758/2014 - ECLI:ES:APM:2014:11758) por referencia al clausulado del conocimiento de embarque], máxime si tenemos presente que las demandantes tienen aún hoy en su poder los documentos que habilitaban la entrega de la mercancía. Y esto es relevante atendida la naturaleza del conocimiento de embarque y la función que desempeña al incorporar el derecho a reclamar la mercancía en destino y a disponer de ella durante el viaje. La doctrina más autorizada señala: "*Titulo valor, en su doble alcance de título de crédito frente al porteador, y título de tradición, cuya entrega sustituye a la de las cosas que representa*".

La obligación de "entrega" del porteador, según destaca la misma doctrina, es un acto jurídico (frente a la descarga, que es un acto físico) que supone, en dicho plano legal, el punto final del período de custodia y responsabilidad del porteador. No se trata de "cualquier entrega" sino de una entrega en la forma pactada, y en el presente caso el título representativo de la mercancía sigue en poder de las actoras, lo que supone la pérdida de la misma por su recogida por quien no ostentaba título hábil para ello con arreglo a lo pactado en el contrato. La vigente Ley de Navegación marítima - que citamos a meros efectos de refuerzo de lo expuesto - consagra la función representativa del conocimiento de embarque (posesión de las mercancías) y reconoce el derecho a la entrega a su legítimo tenedor (artículo 252).

Aun estimando suficiente cuanto hemos expuesto para desestimar la excepción de caducidad, apuntamos otros argumentos para reafirmar nuestra decisión.

Así, se aprecia en los correos electrónicos intercambiados de una parte entre la actora y la demandada, y por otra entre ZIM y su agente, y a su vez entre la demandada y el agente de la naviera, que en los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2013 aún se estaban haciendo gestiones para averiguar lo efectivamente acaecido, pues por una parte se afirmaba que era posible que se hubiera entregado la mercancía a FLECH y por otra, el 3 de diciembre de 2013 en ZIM aparecía la carga como "retenida" en su sistema, si bien físicamente se encontraba en la terminal del puerto y despachada por las autoridades aduaneras.

Por otra parte, simultáneamente la dirección letrada de la actora estaba reclamando tanto a TRANSPED como a ZIM (mediante la remisión de los burofaxs adjuntos a la demanda), y en particular, respecto a la demandada, en fecha 26 de noviembre de 2013 le instaba a ponerse en contacto con el despacho profesional a fin de solucionar el conflicto, anunciando, para el caso de ser desatendido el requerimiento, su voluntad de acudir a los tribunales de Justicia. Y la parte seguía dirigiéndole correos electrónicos a fin de obtener una solución. En el mes de octubre de 2014 se sigue insistiendo (documento al folio 82) en la posesión de los originales de los conocimientos de embarque para la entrega de la mercancía, concediendo un nuevo plazo de diez días para dar solución al conflicto y manteniendo su voluntad de demandar si se hiciera caso omiso.

Al margen de los requerimientos formales, se han aportado los correos electrónicos entre los litigantes correspondientes a ese mismo período de los que se desprende su voluntad de mantener vivas las gestiones y negociaciones (y tácitamente el plazo para el ejercicio de las acciones) pues el 7 de enero de 2015 Guadalupe (TRANSPED) comunica que "*estamos a la espera de que la compañía - se entiende, por el contexto, la aseguradora - se pronuncie*" en respuesta al mensaje remitido por Celia en la misma fecha, en el que tras hacer referencia a la reunión mantenida en el mes de diciembre de 2014 abordando la cuestión de la responsabilidad de TRANSPED, le indica a Guadalupe : "*temo que no nos dejáis otro remedio de ir adelante con la demanda*". Transped contesta que está a la espera de respuesta de la aseguradora.



En el expresado contexto, consideramos que no cabe apreciar la caducidad de la acción por las siguientes razones:

Primera. - Porque, como ya hemos expuesto, no hay entrega jurídica de la mercancía a quien conserva el título representativo de la misma por no haber sido satisfecho su importe por el destinatario. Conforme a las instrucciones que constan en el conocimiento de embarque emitido por TRANSPED (en el que aparecen como cargadoras las demandantes y sirve para reglar las relaciones entre ellas), los contenedores no debieron ser entregados a un tercero no poseedor del conocimiento de embarque original, que era el que permitiría su retirada. Valoraremos más adelante, al analizar el fondo del asunto, las particulares circunstancias que concurren al caso en relación con la normativa brasileña del momento, de la que no fueron advertidas las demandantes. E insistimos ahora en que el Legal Representante de la demandada admitió conocer la normativa brasileña cuando fue interrogado en el acto de juicio.

Segundo. - Por los actos propios de la entidad demandada, que desdoblamos en dos planos:

El primero deriva de las previsiones establecidas en el conocimiento de embarque en el que se condiciona la entrega de la mercancía en destino contra entrega del original del documento. La demandada no trasladó a la naviera dicha condición.

El segundo concierne a la creación de una apariencia de vigencia de la acción y espera para la presentación de la demanda (conforme a los correos indicados) consecuencia de la negociación que se mantiene de forma activa con las demandantes tras los correspondientes requerimientos formales, incluso mediante una reunión personal en la segunda mitad del mes de diciembre de 2014 y manifestación de estar a la espera de respuesta de la aseguradora en la primera semana de enero de 2015. En el horizonte de esta negociación ambas partes contemplaban la inmediatez de la demanda y resulta creíble la petición por Transped de espera a que se refirió la testigo Celia en su deposición en el acto de juicio, atendido el hecho de que responde a una pregunta formulada por el magistrado "a quo" y es razonable que si se da parte al seguro para conocer su opinión se haga en espera de una respuesta.

Cierto es que la testigo Sra. Celia fue tachada por la parte demandada pero conviene recordar que la tacha no impide la valoración del testimonio del testigo tachado ni impide que su declaración en el contexto del resto de la actividad probatoria, pueda provocar la convicción del tribunal. De la Sentencia de la Audiencia de Guadalajara de 19 de mayo de 2017 (ROJ: SAP GU 132/2017 - ECLI:ES:APGU:2017:132) resulta que el resultado de la tacha sólo afecta a la valoración que en la sentencia se haga de la declaración del testigo, al igual que sucede con las circunstancias que el testigo haya reconocido al contestar a las preguntas del art. 367.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Sentencia de nuestra Sección de 2 de mayo de 2018, ROJ: SAP V 1965/2018 - ECLI:ES:APV:2018:1965)

Tercero. - Por la particularidad del plazo de caducidad que examinamos (la Sentencia de la Audiencia Provincial de 03 de diciembre de 2013 -ROJ: SAP TF 2859/2013 - ECLI:ES:APTF:2013:2859 - la define como "caducidad atenuada") y que, conforme a la jurisprudencia descrita permite su extensión por acuerdo de las partes de manera que se transmuta el plazo legal de caducidad en plazo contractual (según indica la Sentencia del Tribunal Supremo citada ut supra de 30 de mayo de 1984, ROJ: STS 1203/1984 - ECLI:ES:TS:1984:1203).

Tan particular es la consideración de tal plazo de caducidad que la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia 3 de diciembre de 2010 (ROJ: SAP B 11511/2010 - ECLI:ES: APB: 2010:11511) admitió la posibilidad de su interrupción con sustento en la Sentencia del Tribunal Supremo ya citada de 19 de abril de 2001 y porque la entrega de las mercancías, dadas las circunstancias concurrentes, no se produjo en la forma pactada con causa en el incumplimiento de la parte demandada.

Añadimos a lo anterior que la norma en que se sustenta la alegación de caducidad no exige que el acuerdo de prórroga posterior al hecho que da lugar a la acción sea por escrito, o fehaciente, ni determina plazos concretos o definidos, sin perjuicio de las dificultades de prueba que de ello se derivan. La doctrina señala que basta la manifestación unilateral del demandado en este sentido. Nada impide que el acuerdo de ampliación puede deducirse de los actos propios de las partes, y en particular de las gestiones realizadas conjuntamente por ellas hasta el mes de enero de 2015 en orden a resolver el conflicto fuera del marco judicial, pero con reserva del ejercicio de la acción, a tenor de su contenido. Nos remitimos al artículo 1278 del C. Civil en cuanto no se impone a las partes la emisión del consentimiento por escrito (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1999), en relación con el artículo 1282 del mismo cuerpo legal , cuando señala que para juzgar de la intención de los contratantes deberá atenderse, principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato. Las demandantes siempre esgrimieron la posesión del título valor. La demandada manifestó su comunicación al seguro y quedó a la espera de respuesta.

Rechazamos, por todo ello, la excepción de caducidad planteada.



3.4.- Sobre el conocimiento de embarque y la responsabilidad de la entidad demandada frente a las entidades actoras. Fondo de la cuestión controvertida.

De lo expuesto hasta el momento se desprende que únicamente quedan por resolver - en cuanto al fondo del asunto - las alegaciones efectuadas por la recurrente en torno al transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque y a la eventual responsabilidad de la demandada respecto de los hechos alegados en el escrito de demanda. También quedan pendientes los alegatos relativos al pronunciamiento sobre costas de la primera instancia, que diferimos a un momento posterior, centrándonos ahora en la verdadera cuestión debatida: determinar si la entidad TRANSPED debe soportar o no las consecuencias de la entrega de la mercancía por razón del incumplimiento de las obligaciones documentadas en el conocimiento de embarque, o si por el contrario, se ha de exonerar a la misma de tal responsabilidad atendidas las normas y relato histórico que se contiene en el informe emitido por dos abogados brasileños en el contexto jurídico de entrega de mercancías en los puertos de Brasil en el período en el que tuvo lugar el transporte entre el puerto de Valencia y el puerto de Santos.

Para evitar innecesarias repeticiones, nos remitimos ahora al fundamento segundo (del que resulta la prueba practicada, valorada por el tribunal), así como a las diversas consideraciones que hemos ido realizando a lo largo del presente fundamento en torno a la naturaleza y función del conocimiento de embarque, con remisión - ahora - al contenido de las Sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón de 2 de diciembre de 2004 (ROJ: SAP CS 969/2004 - ECLI: ES: APCS: 2004:969), Madrid de 5 de mayo de 2014 y 11 de noviembre de 2016 (ROJ: SAP M 17190/2016 - ECLI: ES: APM: 2016:17190) - entre otras muchas, entre las que se incluyen las de nuestra propia sección - en las que se aborda el tratamiento de las funciones que cumple el expresado documento y los derechos y obligaciones de las partes dimanantes del mismo.

Y en lo que concierne a la pretensión de condena ejercitada por las demandantes frente a TRANSPED, hemos llegado a la conclusión - a tenor de cuanto hemos expuesto en el relato fáctico que se desprende del fundamento segundo - que procede la estimación de la demanda por las siguientes razones:

1.- La demandada no puede invocar frente a la actora ni la falta de instrucciones en orden a la entrega de las mercancías contra presentación del original del conocimiento de embarque, ni que aquellas fueran conocedoras de las advertencias que resultan del conocimiento de embarque emitido por la naviera ZIM.

Del proceso se desprenden dos distintas relaciones contractuales documentadas como conocimientos de embarque, la que liga a las actoras con TRANSPED por razón del documento emitido por la propia demandada, y el que emite ZIM y en el que la transitaria asume la posición de cargador.

En el primero de los documentos consta la instrucción expresa de entrega de la mercancía contra la entrega del conocimiento de embarque original, y este es el título por el que se le demanda en el proceso.

No consta que TRANSPED trasladara a ZIM lo pactado con las demandantes, ni tampoco que comunicara o pusiera en conocimiento de ellas la existencia del conocimiento de embarque emitido por ZIM, en el que no sólo no aparece la instrucción recibida, sino que se contiene una específica advertencia apuntando al problema que, finalmente, se materializó.

2.- Ha sido acreditado que, en las fechas en las que se produjo el transporte litigioso, la normativa brasileña permitía la entrega sin la tenencia del conocimiento de embarque original y que la actuación de los destinatarios en esa línea estaba amparada por los tribunales brasileños, con las consecuencias que de ello se derivaron en el ámbito del transporte marítimo de mercancías y la doble presión a la que se vieron sometidas las navieras. Esto tuvo dos consecuencias: a) la incorporación en los conocimientos de embarque de una cláusula de exoneración con fundamento en la advertencia de que podrían verse obligados a la entrega en las condiciones indicadas; b) una situación de caos que motivó la modificación de las instrucciones aplicadas en Brasil, quedando, entre tanto, un buen número de afectados, entre los que cabe incluir a las demandantes.

Teniendo en cuenta que la entidad demandada es una profesional del sector, debió velar - cuando subcontrató con ZIM - por la conservación de las garantías pactadas en el conocimiento por ella emitido (lo que no hizo) y/o, advertida del riesgo por la naviera, ponerlo en conocimiento de las actoras a fin de que pudieran adoptar la decisión pertinente en defensa de sus intereses de cobro de la mercancía, que entendían protegidos en la medida en que eran las tenedoras del conocimiento de embarque original.

Para la propia empleada de Transped que depuso como testigo (Doña Fermina) era impensable que pudiera producirse la entrega de la mercancía en la forma que se produjo, cuanto más impensable para la parte vendedora de la mercancía que confía en el documento que tiene en su poder, expedido por la demandada y que, según se desprende de la declaración del testigo de Pérez y Cía ni siquiera era válido para la naviera a los efectos de la entrega de los contenedores en el puerto de destino.



3.- No ha sido probado - pese a las alegaciones efectuadas por la demandada respecto de la declaración testifical de su empleada Guadalupe - que las demandantes hayan percibido el importe de la mercancía. La testigo se limitó a señalar que como consecuencia de las gestiones que se fueron realizando tuvo conocimiento de una reunión en Brasil y de la existencia de un acuerdo de pago, sin poder precisar más, dado que no era su función. El pago de la mercancía no ha sido probado.

Por todo lo expuesto, entendemos que han quedado debidamente acreditados los hechos constitutivos de la pretensión de la demandante, siendo procedente la condena de TRANSPED en los términos solicitados en el escrito de demanda, debiendo abonar a MARMOLIA SL y a MÁRMOLES SANTA TERESA SL las cantidades de 9.909,27 euros y 9.560,15 euros respectivamente, más los intereses legales de la expresada cantidad desde la fecha de la presente resolución, dado que es en la presente resolución en la que se declara la responsabilidad de la demandada y en el escrito de demanda no se contiene fundamento alguno en materia de intereses que justifique la pretensión de condena a los generados desde el momento de la indebida retirada de la mercancía en el puerto de Santos (Brasil) que ha quedado indeterminado en el procedimiento.

CUARTO. - Pronunciamiento sobre costas.

4.1. Costas de la primera Instancia.

Consideramos que es de aplicación al caso la excepción que se establece en el artículo 394 de la LEC para enervar la aplicación del principio de vencimiento, dadas las circunstancias concurrentes y la complejidad de las cuestiones fácticas y jurídicas que resultan de nuestros razonamientos.

También valoramos, a estos efectos, el contenido del informe aportado a autos sobre la situación jurídica existente en Brasil en las fechas en que se produjeron los hechos.

Ello determina que no hagamos pronunciamiento impositivo de las costas de la primera instancia, debiendo soportar cada una de las partes las derivadas de su actuación en el proceso y las comunes por mitad.

4.2. Costas de la apelación.

En lo que concierne a las costas de la alzada, es de aplicación el artículo 398 de la LEC , pues la estimación del recurso determina que cada parte soporte las causadas a su instancia y las comunes con mitad, con restitución a la parte apelante del importe del depósito constituido para apelar, conforme a lo establecido en la Disposición Adicional 15 de la LOPJ .

Vistos los preceptos legales, concordantes y demás de general y pertinente aplicación, así como las Sentencias de la Sección 5 de la Audiencia de Zaragoza de 20 de septiembre de 2010 (ROJ: SAP Z 755/2010 - ECLI:ES:APZ:2010:755) y el Auto de la Audiencia Provincial de Almería de 2 de mayo de 2018 (Roj: AAP AL 91/2018 - ECLI: ES: APAL:2018: 91 ^a).

FALLO

ESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación de MARMOLIA SL y MÁRMOLES SANTA TERESA SL contra la Sentencia del Juzgado Mercantil 3 de Valencia de 8 de marzo de 2018 , que revocamos y dejamos sin efecto,

ESTIMAMOS LA DEMANDA formulada por la expresada representación procesal contra TRANSPED SHIPPING LEVANTE SL, a la que condenamos a abonar a MARMOLIA SL y a MÁRMOLES SANTA TERESA SL las cantidades de nueve mil novecientos nueve euros con veintisiete céntimos (9.909,27 euros) y nueve mil quinientos sesenta euros con quince céntimos (9.560,15) euros respectivamente, más los intereses legales de la expresada cantidad desde la fecha de la presente resolución.

Respecto de las costas de la primera instancia y de la apelación cada una de las partes soportará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Se acuerda la restitución a la parte apelante del importe del depósito constituido para apelar.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el art. 207.4 L.E.C ., una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

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

PUBLICACIÓN.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.