



Roj: **SAP B 4803/2019** - ECLI: **ES:APB:2019:4803**

Id Cendoj: **08019370152019100784**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **07/05/2019**

Nº de Recurso: **188/2019**

Nº de Resolución: **814/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MARIA FERNANDEZ SEIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120178007854

### **Recurso de apelación 188/2019 -1**

Materia: Juicio verbal

**Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 09 de Barcelona**

**Procedimiento de origen: Juicio verbal (250.2) (VRB) 904/2017**

**Cuestiones:** Transporte de mercancías por carretera. Falta de jurisdicción. Extravío de la mercancía por entrega en lugar distinto del indicado en la carta de porte. Prueba del dolo. Actos propios.

### **SENTENCIA núm. 814/2019**

#### **Composición del tribunal:**

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

MANUEL DIAZ MUYOR

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

Barcelona, a siete de mayo de dos mil diecinueve.

**Parte apelante:** Aticom Gestión, S.L.

**Parte apelada:** Zurich Insurance PLC, Sucursal en España.

**Resolución recurrida:** Sentencia.

Fecha: 24 de julio de 2018.

Parte demandante: Zurich Insurance PLC, Sucursal en España.

Parte demandada: Aticom Gestión, S.L.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El fallo de la sentencia apelada es el siguiente: FALLO: "Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda interpuesta por la compañía de seguros ZURICH INSURANCE PLC contra la empresa ATICOM



GESTION SL (AUX TRANS INT COMP GES) a la que condeno a pagar la cantidad de 3.405.55 euros en concepto de principal, más el interés moratorio legal a devengar desde la interposición de esta demanda, incrementado en dos puntos a partir de esta sentencia, con expresa condena en costas a la parte demandada".

**SEGUNDO.** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito oponiéndose y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 11 de abril de 2019.

Ponente: JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

### PRIMERO . Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia.

1. Zurich Insurance PLC, Sucursal en España (Zurich) interpuso demanda de juicio verbal contra Aticom Gestión, S.L. (Aticom) en reclamación de 3.405'55 €, intereses y costas.

Zurich ejercita una acción de repetición, derivada de la póliza de seguro de transporte que Alza Barcelona, S.L. tenía con Zurich.

En la demanda se describe el siniestro indemnizado por Zurich. Se trata de la pérdida total de la mercancía que Alza Barcelona entregó a Aticom el 24 de enero de 2017 para su traslado desde la sede de Alza Barcelona hasta los almacenes de Santisteban, S.L. situados en la localidad de El Molar, provincia de Madrid.

La mercancía transportada eran 95 bultos que contenían elementos de bisutería.

2. Aticom contestó a la demanda fuera de plazo, no admitiéndose su escrito.

3. Tras los trámites correspondientes, el juzgado dictó sentencia estimando íntegramente las pretensiones de la parte demandante por considerar que la mercancía se había extraviado por causas imputables, a título de dolo o, cuando menos, por negligencia grave de la transportista.

### SEGUNDO . Principales hechos que sirven de contexto.

4. La sentencia de instancia recoge, en el fundamento jurídico cuarto, el siguiente relato de hechos probados:

"La Sociedad ALZA BARCELONA tenía contratada una póliza de seguros con la compañía ZURICH para cubrir todos los daños y perjuicios que sufriera la mercancía (productos de bisutería) durante el transporte por carretera desde sus instalaciones en Barcelona a las instalaciones de la entidad SANTIESTEBAN SL, sitas en la localidad de "El Molar" (Madrid).

*El asegurador contrató para ese transporte por carretera a la demandada haciéndole entrega de un bulto con 95 objetos de bisutería de la marca Alza Barcelona y Swarosky, valorada en 4.405,55 euros.*

*Aceptado el encargo, la sociedad demandada subcontrató a su vez a la empresa TNT Worldwide para efectuar ese transporte, la cual recogió la mercancía en Barcelona el día 24 de enero de 2017, tal como se acredita mediante el oportuno albarán de entrega.*

*Dicha mercancía tenía que ser entregada a la entidad SANTIESTEBAN en El Molar (Madrid). Sin embargo, la mercancía nunca llegó a destino, desconociéndose incluso a día de hoy su actual paradero.*

*De los documentos 5 a 7 de la demanda, consta que la empresa de transportes, al parecer, entregó esa mercancía en otro domicilio distinto al de la empresa destinataria y sin verificar la identidad de la persona receptora del paquete.*

*Dicha conducta por parte de la empresa transportista demandada no puede ser sino calificada de negligente y supone un grave incumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud de ese contrato de transporte terrestre, al no haber efectuado la entrega a su destinatario final, en los términos y condiciones pactados, con la consiguiente pérdida total y extravío de la mercancía.*

Es más, de la documental obrante en autos se observa que no estamos ante un hecho aislado y puntual, lo que agrava aún más la conducta negligente de la demandada al no haber adoptado las medidas oportunas para que este tipo de incidentes no se vuelva a producir".

### TERCERO. Motivos de apelación.

5. Aticom recurre en apelación la sentencia dictada en primera instancia. En su escrito plantea los siguientes motivos:



5.1. Incompetencia de la jurisdicción civil, por estar sometido el conflicto a **arbitraje** de transporte conforme al artículo 38 de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre .

5.2. Error en la valoración de la prueba, por cuanto en la sentencia de instancia no se ha declarado probado que la demandada actuó dolosamente, cuando lo cierto es que no existe prueba al respecto. En el recurso se indica que el extravío de la mercancía fue debido a un error en la identificación del domicilio de entrega por confundir el transportista la calle Genoveva nº 14 con la travesía Genoveva número 14.

5.3. Aplicación de la doctrina de los actos propios, por cuanto Alza Barcelona firmó un documento en el cual aceptaba el acuerdo indemnizatorio con la transportista y la transferencia vinculada a la indemnización por el siniestro. Considera la parte recurrente que ese documento es prueba suficiente de que Alza Barcelona aceptó que la transportista no actuó dolosamente.

5.4. Vinculado al punto anterior, Aticom niega que Zurich tenga derecho de repetición frente a la transportista.

**CUARTO. Sobre la incompetencia de la jurisdicción civil para el conocimiento de la demanda al estar sometida la cuestión a arbitraje.**

6. Aticom invoca el artículo 38 de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre (LOTT) para defender que las pretensiones de la parte actora quedaba sometidas a las juntas arbitrales de transporte.

*Decisión del tribunal.*

7. Conforme al artículo 63.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC): "mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional, a árbitros o a mediadores".

8. En el supuesto de autos, Aticom tendría que haber presentado el correspondiente incidente de falta de competencia por medio de declinatoria antes de haber contestado a la demanda.

En nuestro caso Aticom no sólo no planteó la correspondiente declinatoria en el plazo legalmente previsto, tampoco contestó a la demanda. Por tanto, hemos de considerar que la parte actora aceptó tácitamente la competencia de los juzgados mercantiles para resolver esta controversia vinculada al transporte por carretera. Debe, con ello, desestimarse este primer motivo de apelación.

**QUINTO. Sobre la apreciación del dolo en la falta de entrega de la mercancía transportada.**

9. Al plantear el recurso de apelación Aticom reconoce que se le encomendó el transporte de la mercancía de referencia, también reconoce que la mercancía no se entregó en la dirección consignada en la carta de porte sino en una dirección equivocada.

En el recurso se alega que el error en la entrega de la mercancía, error que, a la postre frustró la entrega de las piezas de bisutería, no puede reputarse doloso, reclamando, con ello, que se apliquen las limitaciones a la indemnización correspondientes.

*Decisión del Tribunal.*

10. Hemos mantenido, con apoyo jurisprudencial, que el dolo, como componente subjetivo de la responsabilidad del deudor a consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales, no exige la concurrencia de un ánimo de perjudicar o dañar al acreedor, ni mucho menos la comisión de un delito, sino tan sólo que la infracción del deber jurídico sea voluntaria y consciente, en sintonía con la doctrina de la STS, entre otras, de 9 de marzo de 1992 , que declara que "deben entenderse dolosamente queridos los resultados que, sin ser intencionadamente perseguidos, aparezcan como consecuencia necesaria de la acción".

11. Tal manifestación de la culpabilidad aplicada al incumplimiento contractual (el dolo al que se refiere el art. 1.101 del CC ) supondría, entonces, la inobservancia consciente y voluntaria de la obligación asumida, prescindiendo de la base de la intención de dañar, propia del dolo penal.

En este sentido indica la STS de 21 de abril de 2009 que, ante la ausencia de una definición legal y sin perjuicio de reconocer la dificultad para fijar las fronteras del dolo civil con el concepto de culpa ( STS 9 de marzo de 1962 ), configurado en el Código Civil (art. 1.104 ), no procede circunscribir el ámbito del dolo al de la malicia o intención, por lo que, rehuendo la asimilación al dolo penal, debe entenderse que no solo comprende los daños producidos con intención de dañar o perjudicar, sino que basta, en sintonía con el concepto de mala fe, infringir de modo voluntario el deber jurídico, es decir, con la conciencia de que con la conducta observada se realiza un acto antijurídico, haciendo lo que no debe hacerse ( SSTS 9 de marzo de 1962 , 31 de enero de 1968 , 19 de mayo de 1973 , 5 de diciembre de 1.995 , 30 de marzo de 2005 , entre otras).



12. En sentencias posteriores del Tribunal Supremo se concreta esta configuración del dolo eventual en el robo de mercancías, así la STS de 4 de julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3118 ) indica que:

"Debe precisarse que el presupuesto conceptual de la formulación alternativa del precepto se centra, principalmente, en torno a la existencia de la "consciencia del porteador acerca del riesgo de producción del daño que opera sobre la mercancía objeto de transporte". Consciencia del riesgo cuya valoración no se realiza de un modo subjetivo, ni tampoco de forma abstracta, sino de manera objetivable en función de las exigencias técnicas del transporte contratado, conforme a los datos técnicos que debe cumplir un porteador profesional. De esta forma, el porteador está en condiciones de conocer previamente las acciones, comportamientos o conductas que debe realizar, o evitar, a fin de cumplir con los parámetros objetivables de un porteador "diligente", de acuerdo con las características técnicas del transporte solicitado. Por lo que, si no cumple con dichas acciones o conductas, consciente de los riesgos, el porteador podrá ser declarado responsable de los daños ocasionados a la mercancía, con la consiguiente pérdida del privilegio de limitación de responsabilidad ( artículos 29 CMR y 62 LCTTM )".

13. En línea con la jurisprudencia del TS, esta Sección ha tenido la oportunidad de establecer los parámetros para valorar la actuación del transportista. Así en la Sentencia de 27 de enero de 2016 precisábamos nuestro criterio:

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

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

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

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

Criterio reiterado en la Sentencia de esta Sección de 21 de abril de 2017 ( Sentencia nº 162/2017 ).

14. Partiendo de las consideraciones anteriores y revisando la prueba practicada en la instancia hemos de concluir que las decisiones adoptadas por el transportista nos llevan a apreciar la concurrencia de dolo eventual puesto que no verificó en modo alguno el lugar de entrega de la mercancía, no realizó las comprobaciones correspondientes para proceder a la entrega efectiva en la dirección exacta que aparece en la carta de porte, sin constatar que pudiera haber dos vías con nombre similar.

En definitiva, no adoptó las cautelas razonables para este tipo de transporte, ni comprobó la identidad del receptor, ni contrastó la información del lugar de entrega elegido con el que constaba en la carta de porte.

Por tanto, debe desestimarse la apelación en este punto.

**SEXTO. Sobre los actos propios y la aceptación de la indemnización ofrecida por el perjudicado.**



15. En el recurso se hace referencia a un documento por el cual se acreditaría que la empresa que encomendó el transporte había aceptado la indemnización ofrecida.

*Decisión del Tribunal.*

16. El documento al que hace referencia Aticom no aparece en los autos, ni se acompaña al recurso ni consta aportado en la vista de juicio, por tanto, no hay prueba alguna que permita directa o indirectamente tener por acreditado que la comitente y la transportista llegaron a ningún tipo de acuerdo indemnizatorio.

**SÉPTIMO. Sobre las costas.**

17. Al desestimarse el recurso de apelación ( artículo 398 de la LEC ), han de imponerse las costas a la parte recurrente.

## **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Aticom Gestión, S.L. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 9 de Barcelona de fecha 24 de julio de 2018 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma en sus propios términos, con imposición a la recurrente de las costas del recurso. Ordenando la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

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

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