



Roj: **SAP SS 252/2019** - ECLI: **ES:APSS:2019:252**

Id Cendoj: **20069370022019100173**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **2**

Fecha: **20/03/2019**

Nº de Recurso: **21225/2018**

Nº de Resolución: **227/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **BEATRIZ HILINGER CUELLAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN SEGUNDA - UPAD  
GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - BIGARREN SEKZIOA - ZULUP**

SAN MARTIN, 41-1ª planta - C.P./PK: 20007

TEL. : 943-000712 Fax / Faxes : 943-000701

NIG PV / IZO EAE: 20.05.2-17/013099

NIG CGPJ / IZO BJKN :20069.47.1-2017/0013099

**Recurso apelación mercantil LEC 2000 / Merkataritza-arloko apelazio-errekurtsoa (2000ko PZL) 21225/2018 - Z**

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia - UPAD Mercantil / Donostiako Merkataritza-arloko 1 zenbakiko Epaitegia - Merkataritza-arloko ZULUP

Autos de Procedimiento ordinario 715/2017 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: ZURICH INSURANCE PLC. SUCURSAL EN ESPAÑA

Procurador/a/ Prokuradorea:SARA ARAMBURU CENDOYA

Abogado/a / Abokatua: MARTA ROMERO ESCUDERO

Recurrido/a / Errekurritua: TRANSJOKINSA

Procurador/a / Prokuradorea: ANA ARRIZABALAGA LERCHUNDI

Abogado/a/ Abokatua: JON LARRAZABAL SANTURTUN

**SENTENCIA N.º 227/2019**

ILTMOS./ILTMAS. SRES./SRAS.

D.ª YOLANDA DOMEÑO NIETO

D. IÑIGO SUAREZ DE ODRIUZOLA

D./D.ª BEATRIZ HILINGER CUELLAR

En DONOSTIA / SAN SEBASTIÁN, a 20 de Marzo de 2019.

La Audiencia Provincial de Gipuzkoa - Sección Segunda - UPAD, constituida por los/as Iltmos/Iltmas. Sres./ Sras. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento ordinario 715/2017 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia - UPAD Mercantil, a instancia de ZURICH INSURANCE PLC. SUCURSAL EN ESPAÑA, apelante - demandante, representada por la procuradora D.ª. SARA ARAMBURU CENDOYA y defendida por la letrada D.ª. MARTA ROMERO ESCUDERO, contra TRANSJOKIN SA, apelada - demandado, representada por la procuradora D.ª. ANA ARRIZABALAGA LERCHUNDI y defendida por



el letrado D. JON LARRAZABAL SANTURTUN; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 26 de junio de 2018 .

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO-**. El día 26 de junio de 2018 el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Donostia-San Sebastián dictó Sentencia en el Juicio Ordinario 715/17 con el siguiente Fallo:

"Se desestima la demanda formulada por la Procuradora Sra. Aramburu Cendoya en nombre y representación de Zurich Insurance PLC Sucursal en España contra Transjokinsa, absolviendo a ésta de los pedimentos formulados en su contra.

Todo ello con expresa condena en costas para la parte demandante".

**SEGUNDO-**. Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpuso recurso de apelación contra ella por la representación de Zurich Insurance PLC Sucursal en España que fue admitido, y, elevados los autos a esta Audiencia, se señaló día para Votación y Fallo el 11 de marzo de 2019.

**TERCERO**. - En la tramitación de este recurso se han cumplido todas las formalidades prescritas por la ley.

**CUARTO**. -Ha sido Ponente en esta instancia la Ilma. Magistrada Dña. BEATRIZ HILINGER CUELLAR.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO-**. Como antecedentes del asunto sometido a nuestra consideración podemos reseñar los siguientes:

1º Por Zurich Insurance PLC Sucursal en España se formuló demanda de juicio ordinario frente Transjokinsa en reclamación de la suma de 28.913 que la actora había abonado a su asegurada Matrici S. Coop en concepto de indemnización por daños sufridos por dos troqueles para prensa de estampación de chapa y sus accesorios transportados por vía terrestre desde Rumanía hasta España en virtud de contrato celebrado por su asegurada con la demandada. En concreto se decía en la demanda que la mercancía fue despachada el 3 de noviembre de 2016 en Rumanía con destino a las instalaciones de Matrici en Vizcaya, donde llegó el día 9 de noviembre, detectándose a su llegada que la mercancía llegaba mojada y con daños por oxidación, y que el suelo de la cama del semirremolque estaba mojado, por lo que se mandó el camión que llevaba la mercancía a descargarla en la empresa MB Tooling para su reparación y se anotó la incidencia en el CMR del transporte, que la asegurada en la actora dio parte del siniestro a la aseguradora, quien envió perito que concluyó que los daños de la mercancía se habían originado durante su transporte, como consecuencia de la mojadura de la misma por el agua que entró al interior del semirremolque a través de la puerta de acceso al mismo.

2º En su escrito de contestación la demandada se opuso en la demanda, alegando que en realidad existieron dos contratos de transporte, en cada uno de los cuales se transportó un troquel: un contrato con origen en las dependencias de Montana MG de Rumanía y destino en las de Matrici S. Coop con carga el 5 de noviembre de 2016 y entrega el 9 de noviembre de 2016, porte este ejecutado por el transportista efectivo portugués Garland Transportes LDA subcontratado por la demandada, y otro con origen en las dependencias de Montana MG en Rumanía y destino en las de Matrici S. Coop con carga el 3 de noviembre de 2016 y entrega el 9 de noviembre de 2016, ejecutado por el transportista efectivo rumano SC Orient SRL, que el informe pericial de la actora no aporta datos del contrato celebrado con el porteador portugués, en el que no existe reserva alguna en la carta de porte, que el informe pericial de la actora se elaboró un mes después de la entrega de los troqueles sin que el perito llegara a ver los camiones a cuyos defectos imputa los daños, que no es creíble que dos empresas de transporte distintas tengan el mismo defecto de incorrecto cierre del portón trasero ni que por las presuntas ranuras del portón pudieran mojarse unas máquinas de ese tamaño e incluso sus accesorios pese a ir embalados en palet aparte, que tampoco es creíble que dos troqueles adquieran tanta oxidación en unos pocos días a bordo de dos camiones, que son troqueles de segunda mano y su deterioro era anterior al transporte, que de entenderse que los daños se produjeron durante los dos transportes se trataría de daños o averías no imputables a la demandada, debidos a la naturaleza de las mismas o a su deficiente embalado, que de entenderse que los daños son imputables al transporte sería de aplicación la causa de exención del artículo 17 Convenio CMR, que los presuntos costes de reparación que MB Tooling factura a Matrici no son acordes a la realidad y que procedería un ajuste del 40% de las horas totales.

3º La sentencia de primera instancia desestimó la demanda interpuesta por entender que la oxidación de la mercancía era previa al transporte.

4º Frente a la sentencia de instancia la parte actora interpuso recurso de apelación fundado en los siguientes motivos: 1) falta de congruencia y motivación de la sentencia ( artículo 218.2 LEC ); 2) valoración errónea



y parcial de la prueba practicada: el juzgador no valora la prueba en su conjunto y solo tiene en cuenta los informes periciales aportados sin mención a las testificales practicadas; 3) infracción de normas sobre la carga de la prueba ( artículos 217 CC , 17, 8 y 9 Convenio CMR , 363 Ccom , 1183 CC ): la obligación del transportista es una obligación de resultado, el transportista se compromete a entregar las mercancías en destino en las mismas condiciones en que las recibió y si no lo hace se presume su responsabilidad, correspondiendo al transportista probar la concurrencia de causas de exoneración.

5º La parte demandada y apelada se opone al recurso de apelación interpuesto.

**SEGUNDO-**. Comenzando con la alegación de falta de exhaustividad e incongruencia de la sentencia, el art. 11.3 LOPJ recoge la obligación de todos los jueces y tribunales de dar respuesta a las cuestiones planteadas, estableciendo el art. 218 LEC en su apartado primero que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate; en su apartado segundo que las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas así como a la aplicación e interpretación del derecho, y que la motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose a las reglas de la lógica y de la razón; y en su apartado tercero que cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos.

Constituye doctrina jurisprudencial de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, por todas STS de 27 de septiembre de 2011 , "que el deber de congruencia , consistente en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, existe allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada, entendiéndose por pretensiones procesales las deducidas en los suplicios de los escritos fundamentales rectores del proceso, y no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos; no exigiéndose tampoco, desde otro punto de vista, que la mencionada relación responda a una conformidad literal y rígida, sino más bien racional y flexible, por ser finalidad, antes del artículo 359 de la LEC, y hoy del 218 de la LEC 2000 , la de asegurar que todos los asuntos sometidos a la decisión judicial alcancen adecuada solución, poniéndose así fin al litigio y evitando que queden sin resolver cuestiones que pudieran ser objeto de una nueva pretensión. De lo expuesto se deduce que para determinar la incongruencia se ha de acudir necesariamente al examen comparativo de lo postulado en el suplico de la demanda y los términos en que se expresa el fallo combatido, estando autorizado el órgano jurisdiccional para hacer el referido ajuste razonable y sustancial con los pedimentos de los que litigan, con el límite del respeto a la causa petendi (causa de pedir), que no puede alterarse, ni cabe la sustitución de unas cuestiones por otras". Por consiguiente, la incongruencia ha de resultar de la comparación de lo postulado en la demanda y los términos del fallo combatido, sin que la exigencia alcance a los razonamientos alegados por las partes o por el Tribunal.

Por otra parte, la exigencia de motivación de las sentencias contenida en el art. 120.3 de la Constitución e impuesta igualmente en el art. 218 apartado segundo de la LEC encuentra su fundamento en la necesidad de dar una explicación al silogismo judicial lo suficientemente aclaratoria como para saber que la solución dada al caso, es consecuencia de una interpretación racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad (en este sentido, entre otras, STS de 28 de abril de 1998 ). Como tiene declarado el Tribunal Constitucional en sentencia de 26 de febrero de 1996 : "Es reiterada la doctrina constitucional que viene poniendo de relieve que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la constitución se satisface con una resolución fundada en derecho que aparezca suficientemente motivada. La exigencia de la motivación, que ya podría considerarse implícita en el sentido propio del citado art. 24.1 aparece terminantemente clara en una interpretación sistemática que contemple dicho precepto en su relación con el art. 120.3 CE ( SSTC 14/91 , 28/94 , entre otras). Ahora bien, la amplitud de la motivación de las sentencias ha sido matizada por la doctrina constitucional indicando que "no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión ( STC 14/91 , STC de 14 de enero de 2002, STC 214/2000 ), es decir, la "ratio decidendi" que ha determinado aquélla ( SSTC 28/94 y 153/95 ).

A la vista de lo expuesto concluimos que la sentencia objeto de recurso no adolece de falta de congruencia ni de falta de motivación, en tanto que, tras realizar en sus Fundamentos de Derecho Primero y Segundo una exposición del régimen jurídico aplicable a las cuestiones debatidas, efectúa en el Fundamento de Derecho Tercero una reseña de los hechos no discutidos, para a continuación plantear las tesis sostenidas por cada una de las partes y exponer la valoración que ha llevado a cabo de la prueba practicada, centrándose especialmente



en la prueba pericial pero con referencias también a la prueba testifical practicada, explicando cumplidamente las razones por las cuales alcanza sus conclusiones, y dando respuesta a todas las cuestiones controvertidas. El hecho de que al exponer el proceso de valoración probatoria el juzgador considere unas pruebas de mayor relevancia que otras no implica falta de motivación, siempre que como en este caso se expongan las razones que permiten conocer el fundamento de la decisión adoptada. Tampoco hay incongruencia, pues como hemos indicado anteriormente la exigencia de congruencia de las resoluciones judiciales se satisface con la existencia de concordancia entre lo pedido en la demanda y lo decidido en el fallo de la sentencia, y en este caso es evidente que la sentencia recurrida es congruente, en tanto que decide sobre todas las pretensiones contenidas en los escritos fundamentadores del proceso. Cuestión distinta es que el apelante cuestione la valoración que de la prueba practicada haya realizado el juzgador o que no esté conforme con el mayor peso probatorio que haya otorgado a unas pruebas sobre otras, pero esta no es materia que deba encuadrarse en la congruencia o motivación de la sentencia, sino en la corrección del proceso valorativo propiamente dicho, y que por tanto deberemos examinar al analizar otro de los motivos del recurso, fundado en la errónea valoración por el juzgador de instancia de la prueba practicada.

**TERCERO-** Se aducen también como motivos de apelación la infracción de normas reguladoras de la carga de la prueba y la errónea y parcial valoración de la prueba practicada. Analizamos ambas cuestiones conjuntamente, efectuando primero una exposición de la normativa aplicable y examinando después la prueba practicada a fin de concluir si la valoración del juzgador ha sido o no correcta y si se ha ajustado a las normas que en este caso de específica aplicación.

Sobre la normativa general citada en el recurso (Ccom, CC), resulta en este caso de preferente aplicación la norma especial, en concreto el Convenio sobre Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (CMR) hecho en Ginebra el 19 mayo 1956, conocido por la Convención CMR, convenio al que España se adhirió el 12 de septiembre de 1973, que resulta específicamente aplicable al presente supuesto por tratarse de un evento indemnizable ocurrido en el cumplimiento de un contrato de transporte de mercancías por carretera, realizado a título oneroso, por medio de vehículos entre lugares situados los contratantes en dos países diferentes (art. 1 del Convenio), contrato cuya existencia se caracteriza por medio de la fehaciencia documental de la "carta de porte" (art. 4). Esta Convención tiene como característica establecer un sistema propio de responsabilidad que ha sido jurisprudencialmente reconocido en nuestro país (SSTS Sala 1ª de 31 julio 1995 y de 29 junio 1998). Así según su artículo 17, el transportista es responsable de la pérdida parcial o total o de las averías que se produzcan entre el momento de la recepción de la mercancía y de la entrega, con las excepciones que contempla, en concreto en su apartado 2: "El transportista está exonerado de esta responsabilidad si la pérdida, avería o retraso ha sido ocasionado por culpa del que tiene derecho sobre la mercancía o por una instrucción de éste no resultante de una acción culpable del transportista, por vicio propio de la mercancía o por circunstancias que el transportista no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir", haciendo recaer sobre el transportista la carga de probar que la pérdida, avería o retraso obedece a alguno de los supuestos de exención de responsabilidad previstos en el artículo 17, y estableciéndose en el artículo 8.1 b) la obligación del transportista de revisar, en el momento de hacerse cargo de la mercancía, el estado aparente de la mercancía y de su embalaje, presumiéndose que, en ausencia de anotación en la carta de porte de las reservas motivadas del transportista, las mercancías y sus embalajes estaban en buen estado aparente en el momento en que el transportista se hizo cargo de la mercancía (artículo 9).

Analizamos a continuación la prueba practicada en la instancia, teniendo presente que, como viene manteniendo esta Sala en Sentencias como la de fecha 27 de enero de 2017 entre muchas otras, "a efectos de valoración de la prueba, debe partirse de la singular autoridad de la que goza la apreciación probatoria realizada por el Juez ante el que se ha celebrado el juicio y en el que adquieren plena efectividad los principios de inmediación, contradicción, concentración y oralidad, pudiendo el Juzgador desde su privilegiada y exclusiva posición, intervenir de modo directo en la actividad probatoria, ventaja de la que, en cambio, carece el tribunal llamado a revisar dicha valoración en segunda instancia. También es cierto que el recurso de apelación confiere plenas facultades al órgano judicial "ad quem" para una plena revisión de la valoración de la prueba efectuada por el juzgador de primera instancia (así, STS de 23 de enero de 2012), pero sin que ello le autorice para prescindir de las apreciaciones de éste sin dar otras razones o decir porqué se rechaza (así, STS de 6 de mayo de 2009), debiendo entenderse que si el criterio del mismo es razonable y sus conclusiones vienen suficientemente respaldadas por la prueba practicada, procede mantener las mismas".

Se ha acreditado en los autos que el transporte de la mercancía no se realizó con un solo porteador efectivo sino con dos, pues la demandada subcontrató el transporte con dos compañías, la primera Garland Transportes LDA de **nacionalidad** portuguesa, que recogió la carga el día 5 de noviembre de 2016 y la entregó el día 9 de noviembre de 2016 y la otra SC Orient SL, de **nacionalidad** rumana, que la recogió el 3 de noviembre y la entregó también el día 9 del mismo mes (documentos 1 y 2 de la contestación). Las mercancías se entregaron en las instalaciones de la empresa MB. Tooling, que había sido contratada por la consignataria Matrici S. Coop



para realizar en los troqueles unos trabajos de puesta a punto (testigo Sr. Romeo ) En la carta de porte del transporte efectuado por la empresa rumana el almacenero de MB. Tooling Sr. Sabino recogió en el apartado 13 Observaciones lo siguiente: "Las dos bases han llegado empapadas de agua y oxidadas" (documento 3 de la demanda, testifical Sr. Sabino ). En la carta de porte del transporte efectuado por la empresa portuguesa no se reflejó reserva alguna. El testigo Sr. Sabino declaró que se le pasaría poner reservas en una de las cartas, y el testigo Sr. Romeo , empleado de M. Tooling, declaró que no se hizo reserva en la carta de porte del segundo camion porque " Jose Augusto ( Sabino ) daría por hecho que bastaba con dejar constancia de la reserva en una de las cartas de porte". El juzgador de instancia dio por buena esta versión y consideró probado que las cargas de ambos camiones llegaron con oxidaciones y que éstas no se produjeron con posterioridad a la llegada de las piezas a las instalaciones de MB Tooling, conclusion esta que extrae a la vista del E-mail enviado por D. Carlos Francisco , de Matrici S. Coop, a la demandada Transjokinsa comunicando incidencia el 10 de noviembre de 2016 , un día después de que la mercancía llegara a las dependencias de MB Tooling, lo cual excluye que la oxidación se produjera en momento posterior a la llegada de la mercancía (folio 84 de las actuaciones).

Se ha acreditado también que la empresa portuguesa subcontratada por la demandada transportó un troquel dividido en dos piezas y que la empresa de **nacionalidad** rumana también subcontratada por la demandada transportó el otro troquel, dividido en dos piezas, junto con los accesorios de ambos troqueles, estos últimos embalados en palets y cubiertos por un plastico. Las piezas de los troqueles iban sin embalar; normalmente no van embalados, ya que se les aplica un aceite antioxidante para protegerlos (testigo Sr. Romeo , responsable de compras de la empresa MB Tooling, testifical Sr. Jesus Miguel , de la empresa Matrici S. Coop). En ninguna de las cartas de porte de ambos transportes el porteador hizo objeción o reserva alguna en relación con el estado de la mercancía.

El testigo Sr. Sabino declaró que a la llegada de la mercancía a las instalaciones de MB Tooling "los dos troqueles estaban mojados y con oxidaciones" y que "había agua en los dos camiones"; el testigo Sr. Romeo , declaró que "en algunas partes se veía agua, los dos troqueles de los dos transportes estaban mojados, él hizo fotos de los troqueles con agua, les quitaron el agua para que la oxidacion no fuera a más y aplicaron un aceite antioxidante, el deterioro de ambos troqueles era similar".

Matrici S. Coop dio parte de la incidencia a su aseguradora Zurich, quien envió al perito Sr. Juan Pablo para que investigara las causas del siniestro y valorara los daños. Este perito efectuó su visita el día 14 de diciembre de 2016 (un mes y un día después de la llegada de las mercancías a las instalaciones de MB Tooling). El perito Sr. Juan Pablo manifestó en el acto del juicio que examinó dos partes de un troquel, que una ya estaba reparada y la otra estaba en proceso de reparacion; también vio una parte del otro troquel, que estaba sin reparar, que en su visita de inspeccion le mostraron fotografías de la mercancía, que le dijeron que estas fotografías correspondían al estado en que se hallaba la mercancía cuando llegó, que también le entregaron fotografías del interior de un remolque y la documentación relativa al transporte realizado por la empresa rumana subcontratada por la demandada, y que no le informaron de que en el transporte habían intervenido dos empresas ni de que cada troquel había venido en un camion distinto, y por tanto dio por hecho que ambos troqueles habían sido transportados en un único camion, en concreto el perteneciente a la empresa de **nacionalidad** rumana. En una de las fotografías del interior del semirremolque que se le entregaron al perito Sr. Juan Pablo y que constan en su dictamen pericial se aprecian manchas de agua en el suelo del semirremolque, en concreto en su parte posterior, junto a la puerta de entrada al vehiculo; en el resto de fotografías correspondientes al interior del semirremolque que figuran en el dictamen del perito Sr. Juan Pablo no se aprecian restos de agua. El perito Sr. Juan Pablo indica en su dictamen que segun le dijeron el toldo del remolque no presentaba agujeros ni aberturas, y concluye que los dos troqueles tenían daños de oxidacion a su recepcion en su lugar de destino y que la causa más probable es que la oxidacion se produjera por la entrada de agua a través de la puerta del remolque. Según explicó este perito en el acto del juicio para alcanzar esta conclusion se basó en la presencia de agua en la zona de entrada del semirremolque que apreció en la fotografía que se le aportó, y en que no se hizo reserva por el transportista en el momento de la entrega de la mercancía.

La parte demandada aportó un dictamen pericial confeccionado por los peritos D. Ángel y D. Arsenio . La visita pericial en que se basa dicho dictamen se produjo el 14 de noviembre de 2016, 5 días después de la llegada de la mercancía. El perito que efectuó la inspeccion de la mercancía constató la presencia de oxidaciones consolidadas en todas las piezas, tanto en las caras superficiales expuestas a la intemperie como en las interiores; apreció también manchas de vertido por escapes de aceite, que considera de origen hidráulico propio del funcionamiento del troquel, superficies con presencia de fluido lubricante y zonas contiguas donde no existía fluido. El perito constató también que las oxidaciones se encontraban por debajo de la capa de aceite que cubría los troqueles y concluyó que, dado que el agua y el aceite son elementos inmiscibles, si se hubiera producido un vertido de agua sobre la capa de aceite se presentaría una emulsión en forma de esferas



de agua por la superficie donde coexisten ambos fluidos, emulsión esta que no observó en los elementos inspeccionados; también constató que, según se aprecia en las fotografías obrantes en el informe pericial, en los troqueles existían zonas de oxidación coincidentes con los apoyos entre las partes superior e inferior del troquel. En este dictamen pericial se adjuntan fotografías que le fueron aportadas al perito por el receptor de las mercancías y que corresponden a los dos semirremolques que intervinieron en el transporte de la mercancía: el semirremolque matrícula G .... empleado por la empresa de transporte de **nacionalidad** portuguesa y el semirremolque matrícula .... de la empresa de transporte rumana. En las fotografías del semirremolque matrícula G .... no hay vestigios de mojadura o humedad. En las fotografías del semirremolque matrícula .... , que figuran también en el informe del perito Sr. Juan Pablo , las manchas de humedad están en la zona cercana a la puerta del vehículo, que según indican los peritos de la demandada es un lugar donde no se posiciona la carga; en las fotografías no se aprecian signos de humedad en el techo del vehículo. Los peritos de la parte demandada descartan que la oxidación de la mercancía se haya producido por condensación, ya que ambos vehículos son de la misma tipología, no son estancos y permiten pasar el aire; aprecian también que las manchas de oxidación son propias de fluidos hidráulicos y no de agua de lluvia, dado su tono oscuro; afirman que, si el agua de lluvia entró estando el vehículo detenido, cayó en la zona de puertas, alejada del lugar donde viajaban los bultos, y que el agua no pudo desplazarse hacia la parte delantera del plano de carga por cuanto que esta parte está a mayor cota sobre el pavimento que la parte trasera del semirremolque y, en el caso de que el agua de lluvia hubiera entrado en el vehículo estando éste desplazándose, debido a la configuración rectangular y plana de la parte trasera del semirremolque se genera una depresión que deriva en turbulencias que disminuyen la posible entrada de agua. Se concluye finalmente en este dictamen pericial que los troqueles eran piezas usadas, por su estado, en el que se constatan oxidaciones y marcas propias de la utilización, restos de fluidos hidráulicos refrigerantes, utilizados en procesos industriales de corte, mecanizado y embutición, para preservar las aristas y la gemoetria de los elementos de corte frente al desgaste prematuro; deducen también los peritos que eran piezas usadas porque según las facturas que se les facilitaron el valor de ambos troqueles era de 123.000 euros, precio este que estiman excesivamente reducido para unos troqueles nuevos.

La valoración conjunta de esta prueba nos lleva a concluir, en los mismos términos que el juzgador de instancia, que no existe prueba suficiente de que ambos troqueles llegaron mojados ni de que se produjera entrada de agua en los dos camiones que realizaron el transporte de la carga, ni de que la entrada de agua que se refleja en la fotografía de uno de los vehículos pudiera alcanzar a las mercancías en el lugar en que estaban situadas durante el transporte, habiéndose acreditado por el contrario que la oxidación que presentaba la carga a su llegada a destino era preexistente al inicio del transporte y se debía a vicio propio de la mercancía. La referencia a la presencia de agua en el vehículo transportador solo figura en una de las cartas de porte, en concreto la correspondiente al transporte realizado por la empresa de **nacionalidad** rumana; la ausencia de reserva del consignatario en la otra carta de porte, referida al transporte efectuado por la empresa portuguesa, no impide considerar probado que los dos troqueles estuvieran oxidados cuando llegaron a las instalaciones de la empresa MB. Tooling, pero genera dudas sobre una cuestión esencial, como es que la causa de la oxidación que presentaban ambos troqueles, el transportado por el camión rumano y el transportado por el camión portugués, se debiera a la acción del agua durante el transporte. Los testigos Sr. Sabino y Sr. Romeo afirmaron que los dos troqueles y los dos camiones tenían signos de agua, pero la prueba testifical no puede valorarse aisladamente, sino en conjunto con el resto de la prueba practicada, en concreto con la documental, incluyendo en ella las fotografías obrantes en autos, y con la prueba pericial. El testigo Sr. Romeo afirmó que se sacaron fotografías de las mercancías y de los camiones a su llegada a las instalaciones de MB Tooling; sin embargo en las fotografías de las mercancías obrantes en autos no hay rastros de agua en la mercancía, solo señales de oxidación, y únicamente se aprecian rastros de agua en el suelo de uno de los semirremolques; en la fotografía del otro semirremolque, que se aporta con el informe del perito de la demandada, no hay signo alguno de humedad. Consideramos inexplicable por otra parte que al perito de la aseguradora, que acudió al lugar después del perito de la demanda, en concreto casi un mes más tarde, no se le proporcionara la fotografía del remolque seco y solo se le entregara la del remolque húmedo, que ni siquiera se le mencionara la existencia del segundo transporte y que se le indicara que toda la mercancía había venido en un único camión. Los testigos antes mencionados declararon que había agua en ambos camiones pero sin concretar en qué zona estaba, si en el lugar en que se encontraba la carga o solo en la zona cercana a la puerta, como se observa en la fotografía del semirremolque rumano. Los accesorios de ambos troqueles, que viajaban junto con uno de los troqueles en el camión rumano, embalados en palets y cubiertos por un plástico (fotografía del informe del Sr. Juan Pablo ), no presentaban signos de humedad, y ciertamente no se entiende que esta parte de la carga estuviera seca y que sin embargo se mojara el troquel que viajaba junto con los accesorios en el mismo semirremolque. A lo anteriormente expuesto se añade que el dictamen pericial aportado por la parte demandada contiene unas explicaciones mucho más completas y coherentes que el dictamen pericial de la actora sobre el estado de la carga a su recepción en destino y sobre la preexistencia de las oxidaciones que ésta presentaba. Por otra parte la prueba practicada no es suficiente para concluir que las piezas transportadas



fueran nuevas; el testigo Sr. Jesus Miguel , de la empresa Matrici S. Coop, asegurada en la actora, declaró que los troqueles eran nuevos, que encargaron a Montana su fabricacion, que cada troquel cuesta 200.000 euros, si bien más adelante reconoció que unicamente pagaron 60.000 euros por troquel a Montana (exactamente 61.500 euros según facturas de Montana a Matrici obrantes en el informe del perito Sr. Arsenio ) y que "a este precio habría que añadir materiales que mandan a Montana para la fabricacion, mas fundicion, componentes y diseño", extremos estos que sin embargo no se han acreditado ni cuantificado. El testigo Sr. Romeo , de MB Tooling, declaró que no sabía si los troqueles eran nuevos o no y que ellos normalmente hacen la puerta a punto de troqueles hechos en fabrica. Y finalmente, el pedido que Gestamp, empresa a quien iban destinados los troqueles, efectuó a Matrici S. Coop, aportado dentro del documento 3 de la demanda, no aporta informacion sobre el precio que Matrici S. Coop cobró a su cliente por los troqueles, ya que está redactado en alemán.

Entendemos asimismo que, como se indica en la sentencia recurrida, la falta de reserva por el transportista en la carta de porte acerca del estado de las mercancías no es suficiente en este caso para descartar que la carga tuviera oxidaciones preexistentes al inicio del transporte. El transportista debe examinar y comprobar el buen estado aparente de la mercancía, pero no se le exige efectuar una inspeccion exhaustiva de la carga; además la presencia de oxidaciones en los troqueles transportados, que se manifiesta externamente por una tonalidad y coloracion irregular de la mercancía, no constituye necesariamente un indicio de que el material esté dañado, ya que también puede ser simplemente reveladora de que se trata de una maquinaria usada previamente. En cualquier caso la ausencia de reserva en la carta de porte solo es indicativa de que la mercancía se entregó en el mismo estado en que se recibió, lo cual resulta compatible con la existencia de oxidacion tanto a la entrega de la carga al transportista como a su recepcion por el destinatario.

Concluimos en definitiva que el juzgador de instancia ha valorado en su justa medida la prueba practicada. La presunción de culpa del transportista contenida en el artículo 17 del Convenio CMR es susceptible de prueba en contrario, ya que el transportista puede eximirse de responsabilidad si acredita la concurrencia de alguno de las causas de exención contenidas en el apartado 2 de dicho precepto, entre las cuales se encuentra el vicio propio de la mercancía, y en este caso la prueba practicada permite considerar acreditado que la oxidación que presentaba la carga a su recepción en destino no se produjo durante el transporte sino que fue debida a vicio preexistente de la mercancía.

Procede por tanto la integra desestimación del recurso de apelación interpuesto y la consiguiente confirmación de la resolución recurrida.

**CUARTO-** Se imponen a la parte apelante las costas del recurso de apelación ( artículo 398 LEC ).

**QUINTO-** La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 9, aplicable a este caso, que la inadmisión del recurso y la confirmación de la resolución recurrida, determinará la pérdida del depósito.

## FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Zurich Insurance PLC Sucursal en España frente a la Sentencia de 26 de junio de 2018 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Donostia-San Sebastián en el Juicio Ordinario 715/17, con la consiguiente confirmación de la resolución recurrida. Se imponen a la parte apelante las costas de la apelación.

Transfírase el depósito por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de origen a la cuenta de depósitos de recursos inadmitidos y desestimados.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Frente a la presente resolución se podrá interponer en el plazo de **VEINTE DÍAS** ante esta Sala recurso de casación en los supuestos previstos en el art. 477 LEC y recurso extraordinario por infracción procesal fundado en los motivos previstos en el art. 469 LEC, pudiendo presentarse únicamente este último recurso sin formular recurso de casación frente a las resoluciones recurribles en casación a que se refieren los números 1º y 2º del art. 477.2 LEC.

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número 1858/0000/12/1225-18. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos ( DA 15ª de la LOPJ ).



Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Iltmos./Iltmas. Sres./Sras. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Iltmo./Iltma. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ