



Roj: **STS 3028/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3028**

Id Cendoj: **28079110012020100469**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/09/2020**

Nº de Recurso: **421/2018**

Nº de Resolución: **492/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 16792/2017,**
STS 3028/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 492/2020

Fecha de sentencia: 28/09/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 421/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/09/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. SECCIÓN 11.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 421/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 492/2020

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 28 de septiembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por la mercantil Lig Insurance Company Limited, representada por la procuradora D.^a Gloria Messa Teichman y bajo la dirección letrada de D.^a Anna Mestre Ruiz, contra la sentencia dictada en fecha 13 de diciembre de 2017 por la Sección 11.^a de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 909/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1339/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 60 de Madrid, sobre reclamación de cantidad. Ha sido parte recurrida Swissport Spain S.A.U. (actualmente Swissport Handling S.A.), representada por el procurador D. Álvaro García de la Noceda de las Alas Pumariño y bajo la dirección letrada de D.^a Susana Jarabo Blasco.

Ha sido ponente la Excm.a Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- Lig Insurance Company Limited interpuso demanda de juicio ordinario contra Swissport Handling S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

"...en la que se condene a la demandada al pago de UN MILLÓN SETENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS CATORCE EUROS CON OCHO CÉNTIMOS (1.078.914,08.- €) más los intereses legales que correspondan, con expresa condena en costas".

2.- La demanda fue presentada el 16 de octubre de 2014 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 60 de Madrid, fue registrada con el n.º 1339/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Swissport España S.A. contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

"dicte en su día sentencia condenando a mi representada al pago de 19 DEG por kilo de carga, con cuanto demás proceda en Derecho".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 60 de Madrid dictó sentencia de fecha 15 de julio de 2016, con el siguiente fallo:

"DEBO ESTIMAR Y ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda y en consecuencia se debe condenar a la parte demandada a abonar a la parte actora la cantidad de 1.078.919,08 euros, más el interés legal contado desde la interposición de la demanda y con expresa condena en costas a la parte demandada".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Swissport España S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 11.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 909/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 13 de diciembre de 2017, con el siguiente fallo:

"Que debemos estimar y ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por Swissport España S.A.U. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 60 de Madrid n.º 359/2016, de 15 de julio, por lo que procede su REVOCACIÓN PARCIAL y en su virtud dictar los siguientes pronunciamientos:

"Primero.- Estimar parcialmente la demanda condenando a Swissport España S.A.U. a indemnizar a Lig Insurance Co. Ltd. con la suma en euros correspondiente a 79.838 DEG convertidos a la fecha de esta sentencia; así como los intereses, siendo su base de cálculo los euros correspondientes a 79.838 DEG (conversión a 16/10/2014), al tipo de interés legal, desde el 16/10/2014.

"Segundo.- Las costas de ambas instancias no han de imponerse a ninguno de los litigantes".

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- Lig Insurance Company Limited interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.2.º LEC, por infracción de lo previsto en el artículo 144 LEC, la sentencia acepta y considera un documento aportado en lengua inglesa, sin la preceptiva traducción al castellano".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del artículo 477.2.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 se denuncia, como primer motivo del recurso, que la sentencia recurrida infringe lo dispuesto en el artículo 18 del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999 (en lo sucesivo Convenio de Montreal).

"Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 se denuncia, como segundo motivo del recurso, que la sentencia recurrida infringe lo dispuesto en el artículo 38 del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999 (en lo sucesivo Convenio de Montreal).

"Tercero.- Al amparo del artículo 477.2.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 se denuncia, como tercer motivo del recurso, que la sentencia recurrida infringe lo dispuesto en el artículo 30 del Convenio de Montreal".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 3 de junio de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Lig Insurance Company Limited contra la sentencia dictada, el día 13 de diciembre de 2017 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.ª), en el rollo de apelación n.º 909/2016, dimanante del juicio ordinario n.º 1339/2014, del Juzgado de Primera Instancia n.º 60 de Madrid".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación e infracción procesal, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 10 de julio de 2020 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 22 de septiembre, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes*

En un supuesto de pérdida de la mercancía en el almacén de depósito temporal del aeropuerto de destino, se plantea si es aplicable el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999 (en lo sucesivo, Convenio de Montreal), que establece una limitación de la cuantía de la indemnización cuando el transporte fue contratado sin declaración especial del valor de la carga y sin el pago de una suma suplementaria. La demanda se ha dirigido exclusivamente contra la empresa de almacén contratada por el transportista aéreo.

1.- De los hechos probados o no discutidos deben destacarse los siguientes:

- En mayo de 2013, LG Electronics España compró varias partidas de productos electrónicos a su matriz coreana LG Electronics Inc.

- LG Electronics España contrató con la empresa transitaria Pantos Logistics el transporte de las mercancías desde Corea a su domicilio en Guadalajara (España). Pantos Logistics, a su vez, contrató con Air France el transporte de la mercancía, bajo el régimen general, sin declaración de valor.

- La mercancía llegó vía aérea al aeropuerto de París y fue transportada por medio de camión hasta los almacenes de Swissport Handling en el aeropuerto de Madrid-Barajas. Dicho transporte en carretera se realizó bajo el amparo del mismo conocimiento de embarque.

- Cuando el 27 de mayo de 2013 Pantos Logistics acudió al almacén de Swissport Handling para recoger las mercancías no pudo hacerlo, porque habían sido retiradas del citado almacén por unos desconocidos mediante una nota de entrega falsificada.

- Las mercancías tienen un valor de 1.078.919,08 euros y un peso de 4.200 kilogramos.



- LG Electronics Inc tenía concertado un contrato de seguro que cubría la pérdida o daño de la mercancía con Lig Insurance Company Limited, empresa aseguradora con domicilio en Seul, Corea. Lig Insurance Company Limited abonó a LG Electronics España la cantidad de 1.078.919,08 euros más un 10% de beneficio comercial, de acuerdo con lo pactado en la póliza.

2.- Lig Insurance Company Limited interpone demanda contra Swissport Handling. Solicita, al amparo del art. 43 de la Ley 50/1980, del contrato de seguro, la condena al pago de 1.078.919,08 euros. La demanda invoca los arts. 303 a 310 del Código de comercio y 1089, 1094, 1101, 1766 y 1902 CC. Alega que concurren los requisitos de la responsabilidad aquiliana del art. 1902 CC al haber omitido la demandada las mínimas exigencias de diligencia para proceder al correcto control y custodia de las mercancías.

3.- En su contestación a la demanda, Swissport Handling no niega su responsabilidad, pero considera que la pérdida se produjo dentro del período de custodia de la mercancía por parte del transportista aéreo durante la ejecución de un contrato de transporte aéreo de carga, de modo que, por aplicación del Convenio de Montreal, la indemnización debe limitarse a la suma prevista en el Convenio por kilogramo de la carga, al no haber sido entregada por el expedidor con una declaración especial de su valor.

Alega que, de acuerdo con la carta de porte (conocimiento de embarque o "air waybills"), Pantos contrató el transporte de Corea a Madrid vía aérea y la pérdida de la mercancía tuvo lugar antes de la entrega como consecuencia de la estafa de unos terceros, oportunamente denunciada. Argumenta que, de acuerdo con el art. 29 del Convenio de Montreal, toda acción de indemnización de daños derivada de un contrato de transporte aéreo, tanto si se funda en el Convenio, en un contrato o en un acto ilícito, está sujeta a los límites de responsabilidad previstos en el Convenio, sin que ello afecte a la cuestión de qué personas pueden iniciar las acciones y cuáles son sus respectivos derechos. También que Swissport Handling, como agente de "handling" está sujeta a los límites de responsabilidad del transportista aéreo (art 30 del Convenio) previstos en el art. 22 del Convenio.

4.- El juzgado estima íntegramente la demanda.

Basa su decisión en que la actuación de la demandada se había ceñido a ser mera depositaria de los bienes por lo que, al no haber intervenido en el transporte aéreo, no puede pedir la aplicación del Convenio de Montreal. Considera que esa conclusión no varía por el hecho de que la asegurada de la actora no recibiera directamente las mercancías y optara por contratar a la demandada como depositaria temporal de los bienes. Concluye que, por su actuar poco diligente, la demandada debe abonar los daños y perjuicios causados conforme a los arts. 1902 y 1101 CC.

5.- La Audiencia estima el recurso de apelación interpuesto por la demandada, estima parcialmente la demanda y condena a la demandada a pagar a la actora únicamente la suma en euros correspondiente a 79.838 derechos especiales de giro (DEG), con intereses.

De manera resumida, por lo que aquí interesa, la Audiencia basa su decisión en las siguientes consideraciones:

i) no existe un contrato, ni de depósito ni de ningún tipo, entre la compradora asegurada (en cuya acción se subroga la demandante) y Swissport Handling; no hay contrato de depósito y el deber de custodia se integra en la prestación contractual debida por el transportista; el Derecho de daños no es un complemento del Derecho de contratos;

ii) el asunto debe mirarse desde la perspectiva de tres partes implicadas y es oportuna la limitación de responsabilidad del almacenista, máxime cuando desconoce el valor de lo custodiado, para no alterar el equilibrio de la negociación entre transportistas y cargadores, que deben estar a la protección de los instrumentos internacionales, que limitan la indemnización, de modo que los cargadores pueden asegurar la parte no cubierta;

iii) en el caso, la demandada asume su responsabilidad y se aviene a una condena, pero limitada por el Convenio de Montreal (art. 216 LEC);

iv) conforme al art. 29 del Convenio de Montreal: "En el transporte de pasajeros, de equipaje y de carga, toda acción de indemnización de daños, sea que se funde en el presente Convenio, en un contrato o en un acto ilícito, sea en cualquier otra causa, solamente podrá iniciarse con sujeción a condiciones y a límites de responsabilidad como los previstos en el presente Convenio, sin que ello afecte a la cuestión de qué personas pueden iniciar las acciones y cuáles son sus respectivos derechos. En ninguna de dichas acciones se otorgará una indemnización punitiva, ejemplar o de cualquier naturaleza que no sea compensatoria"; en consecuencia, la acción aquiliana contra el agente del transportista también debe sujetarse a los límites de responsabilidad del Convenio si este fuera aplicable al transportista;



v) conforme al art. 30 del Convenio de Montreal: "Si se inicia una acción contra un dependiente del transportista, por daños a que se refiere el presente Convenio, dicho dependiente o agente, si prueban que actuaban en el ejercicio de sus funciones podrán ampararse en las condiciones y los límites de responsabilidad que puede invocar el transportista en virtud del presente Convenio";

vi) el concepto de agente debe entenderse como todo auxiliar, aunque no sea dependiente del transportista; así resulta en otros tratados, en nuestras leyes especiales y, en el Derecho de la Unión Europea, al asistente en tierra se le califica como "agente" [art. 2 g) de la Directiva 96/67/CE, del Consejo, de 15 de octubre de 1996, relativa al acceso al mercado de asistencia en tierra en los aeropuertos de la Comunidad; en otras jurisdicciones se han aplicado al agente de asistente en tierra que actúa bajo el IATA "Standard Ground Handling Agreement" se le han aplicado los límites de responsabilidad del Convenio de Montreal; la razón de ello es que el Convenio no atiende a la concreta relación jurídica que existe entre el transportista y quienes prestan servicios en lugar del transportista y dejar de aplicar los límites al subcontratista contravendría los fines de uniformidad en las normas de responsabilidad de la aviación al forzar a interpretar la ley local de daños aplicable a cada subcontratista;

vii) el art. 18 del Convenio de Montreal establece un sistema de responsabilidad objetiva por custodia y presume que la mercancía está bajo la custodia del transportista también durante los transportes terrestres efectuados durante la ejecución del transporte para fines de carga, entrega o transbordo; en el caso el daño a la mercancía se produjo en el almacén de Swissair en el aeropuerto de Madrid-Barajas, por lo que la presunción del art. 18 es inútil;

viii) la aplicabilidad del Convenio de Montreal depende de si el daño se produjo durante el transporte aéreo, esto es, si el daño bajo la custodia del operador de "handling" puede considerarse daño bajo la custodia del transportista aéreo; la respuesta es positiva porque la custodia se puede ejercer de propia mano o a través de un mediador posesorio que a su vez preste la custodia frente al transportista; en el caso, la carga se encuentra dentro de la esfera de influencia de la compañía aérea; así se entiende por otros tribunales extranjeros que aplican el Convenio de Montreal y también en otros textos jurídicos sobre transporte;

ix) a diferencia de lo que sucede para los transportes con otro objeto, para el transporte de carga, la responsabilidad se limita incluso en los supuestos de dolo o culpa del transportista o sus agentes (art. 22.5 del Convenio de Montreal);

x) son aplicables los límites del Convenio de Montreal y no el Convenio de transporte internacional de mercancías por las siguientes razones: la demandada actúa en el ejercicio de sus funciones como auxiliar del transporte aéreo (art. 30); las partes celebraron un contrato de transporte aéreo, porque no se convino trasladar mercancía por más de un modo de transporte, sin perjuicio de que en la carta de porte aéreo se concediera la facultad de sustitución ("cláusulas de sustituibilidad", lo que implica un "ius variandi" que opera en el momento del cumplimiento pero no afecta a la calificación ni al régimen jurídico del contrato; en el caso el lugar del daño está identificado, los almacenes de Swissport en el aeropuerto de Madrid, por lo que aunque se interpretara que el almacenaje es una actividad auxiliar tanto del transporte terrestre como del aéreo, para el perjudicado es más beneficioso aplicar los límites del Convenio de Montreal (arg. arts. 69.2 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del transporte terrestre de mercancías, y 19 del Convenio sobre el transporte multimodal internacional de mercancías).

6.- La demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Solicita la casación de la sentencia recurrida y la confirmación de la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO.- *Recurso extraordinario por infracción procesal*

1.- *Motivo y razones.* El recurso se funda en un único motivo en el que, al amparo del art. 469.1.2.º LEC, denuncia infracción del art. 144 LEC.

En su desarrollo alega que la sentencia infringe la regla contenida en el art. 144 LEC ya que considera probado (párrafo 45 de la sentencia) que la demandada actúa en el ejercicio de sus funciones como auxiliar de transporte aéreo con apoyo en el doc. 4 de la contestación, que fue aportado en lengua inglesa sin su preceptiva traducción, por lo que, según argumenta la recurrente, procede privarle de eficacia probatoria.

El recurso va a ser desestimado por las razones que se exponen a continuación.

2.- *Decisión de la sala. Desestimación del recurso.* El recurso adolece de un defecto de técnica que sería suficiente para su desestimación, pues se interpone al amparo del art. 469.1.2.º LEC cuando, de existir, la supuesta infracción del art. 144 LEC (que, ubicado sistemáticamente en la ley dentro de la regulación de las actuaciones judiciales, exige que se acompañe traducción de los documentos redactados en idioma que no sea



el castellano o, en su caso, la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma de que se trate), no constituiría una infracción de las normas reguladoras de la sentencia.

Durante la vigencia de la anterior Ley de enjuiciamiento civil de 1881, la sentencia 239/2008, de 24 de marzo, desestimó el recurso por infracción de normas que rigen los actos y garantías procesales en el que se denunciaba infracción del art. 601 de la ley procesal derogada (equivalente al actual art. 144 LEC) porque en el caso no se había producido indefensión. En sentido parecido, durante la vigencia de la actual ley procesal, señala la sentencia 96/2014, de 26 de febrero, que "para que pueda estimarse el motivo [que denunciaba infracción de los arts. 144 y 329 LEC] es exigible que la parte recurrente acredite la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante, lo que se traduce en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria que fue incorrectamente practicada era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente (sentencias de este tribunal 790/2013, de 27 de diciembre, y 767/2013, de 18 de diciembre)".

En el caso, la recurrente denuncia infracción del art. 144 LEC, pero no explica en qué consistiría la supuesta indefensión que se le habría ocasionado, y que esta sala no aprecia a la vista del conjunto de circunstancias concurrentes.

La demandante-recurrente es una empresa de seguros coreana que no manifestó objeción en la audiencia previa a la aportación del documento 4 de la contestación, pudiéndolo hacer al amparo del art. 427.1 LEC. Ella misma ha aportado documentos traducidos del inglés, pero también ha adjuntado al documento 4 de la demanda, que acompaña en inglés y en español, facturas y albaranes sin traducir, y en los que basa su reclamación. Igualmente ha adjuntado otros documentos en inglés como el "air cargo manifest" y el "air waybill" (carta de conocimiento de embarque aéreo maestra/carta de conocimiento de embarque aéreo del transitario), que la Audiencia toma en consideración por lo que se refiere al contenido y condiciones del contrato de transporte.

No se ve la razón por la que puede haber causado indefensión a la recurrente que la Audiencia considere a la demandada como una empresa que desarrolla la actividad de "hadling" (asistencia en tierra). Con independencia de que tal condición resulta del mero encabezamiento del documento 4 de la contestación, sin necesidad de profundizar en su lectura, y que aparece también en otros documentos aportados en español por la demandada (informe pericial preliminar), lo cierto es que la sentencia recurrida, que ciertamente cita en su párrafo 45 el SGHA ("Standard Ground Handling Agreement", modelo estandarizado de IATA, "International Air Transport Association") y la limitación de responsabilidad conforme al Convenio de Montreal a la que se alude en el mismo, no basa su decisión exclusivamente en ese dato.

Por el contrario, la Audiencia llega a la conclusión de la procedencia de la aplicación del Convenio de Montreal y, en particular de la limitación a la cuantía de la indemnización, porque tiene en cuenta el momento en que se produce la pérdida de la mercancía y el momento en el que termina la custodia del transportista. Parte para ello de los hechos que resultan acreditados a la vista del conjunto documental aportado por ambas partes, incluidos los documentos adjuntados al informe pericial aportado como documento 4 por la demandante ahora recurrente, lo que lleva a la Audiencia a concluir que el contrato celebrado por el transitario con Air France fue de transporte y que no existió ningún contrato de depósito con la demandada.

No hay infracción procesal y cuestión diferente es la corrección o incorrección de la interpretación y aplicación de las normas efectuadas por la Audiencia a la hora de determinar la responsabilidad exigible a la demandada, lo que es objeto de análisis al resolver el recurso de casación.

Por las razones expuestas, el motivo, y con él el recurso por infracción procesal, se desestima.

TERCERO.- Recurso de casación

El recurso de casación se estructura en tres motivos. Se interpone por la vía del art. 477.2.2.º LEC, por ser la cuantía superior a 600.000 euros.

Los tres motivos están interrelacionados y, aunque desde diferentes perspectivas, se dirigen a impugnar la aplicación que la sentencia recurrida ha hecho de la limitación a la indemnización que se establece en el Convenio de Montreal para los casos de pérdida de la carga cuando el cargador no ha hecho declaración especial del valor de la entrega y no ha pagado la suma suplementaria.

1.- Planteamiento del primer motivo. El primer motivo denuncia infracción por indebida aplicación del art. 18 del Convenio de Montreal.

En su desarrollo razona que no es aplicable el Convenio de Montreal porque para ello, de acuerdo con su art. 18, es preciso que el siniestro se haya producido durante un transporte aéreo (art. 18.1), bajo custodia del



transportista (art. 18.3) y, en el caso, el "robo" (sic) se produjo en los almacenes de la demandada, en una fase de depósito ajena y posterior a un transporte terrestre ulterior al aéreo. Aduce que la transportista, Air France, cedió la custodia de la mercancía al entregarla al transportista terrestre en París para su transporte en camión hasta España. Finalmente, añade que la propia sentencia recurrida descarta la aplicación de la presunción del art. 18.4 porque en el caso se conoce el momento en el que se produjo la pérdida. Considera, en definitiva, que puesto que la demandada no es transportista, sino almacenista, está sujeta a la responsabilidad de los arts. 303 a 310 del Código de comercio y 1089, 1094, 1101, 1766 y 1902 CC.

Por lo que se dice a continuación, el motivo va a ser desestimado.

2.- Desestimación del primer motivo. La recurrente denuncia infracción por aplicación indebida del art. 18 del Convenio de Montreal. La demandante, ahora recurrente, no ha dirigido su reclamación contra la transportista, Air France, que es a quien se refiere de manera directa el art. 18 del Convenio de Montreal. La sentencia recurrida no considera a la demandada (Swissport Handling) como transportista, pero interpreta que resulta aplicable el art. 30 del Convenio de Montreal, que permite a los agentes del transportista que actúan en el ejercicio de sus funciones ampararse en las condiciones y límites de responsabilidad aplicables al transportista aéreo. Tiene en cuenta para ello que la pérdida de la carga se ha producido durante la ejecución de un transporte aéreo (art. 18 del Convenio de Montreal) y que la demandada era la empresa que custodiaba la mercancía en el aeropuerto de destino antes de la entrega en atención al contrato que le vinculaba con la transportista. Puesto que en el motivo tercero del recurso de casación se denuncia infracción del art. 30 del Convenio de Montreal porque la recurrente considera que a la demandada no se le debe considerar como agente del transportista, nos remitimos a lo que sobre esta cuestión digamos al resolver ese motivo acerca del acierto de la aplicación del art. 30 a la demandada.

Al resolver este primer motivo, en atención a la cuestión específicamente planteada por la recurrente, daremos respuesta a la razón por la que debe considerarse que la pérdida de la carga debe entenderse producida "durante el transporte aéreo". Debemos advertir, en primer lugar, que se trata de un concepto fijado normativamente y no de un puro dato de hecho como pretende la recurrente cuando afirma que, puesto que la pérdida se produjo en el almacén de la demandada, "es un hecho incontrovertido" que el siniestro no se produjo durante un transporte aéreo.

Conforme al art. 18.1 del Convenio de Montreal, la responsabilidad del transportista por pérdida de la carga surge "por la sola razón de que el hecho que causó el daño se haya producido durante el transporte aéreo". El art. 18.3 aclara que el transporte aéreo "comprende el período durante el cual la carga se haya bajo la custodia del transportista". El art. 18.4 presume, salvo prueba en contrario, que el daño se ha producido durante el transporte aéreo si durante la ejecución del contrato de transporte se efectúa un transporte no aéreo fuera del aeropuerto con fines de carga, entrega o trasbordo.

De esta forma, el transportista es responsable del daño de la carga (destrucción, pérdida o avería) que tenga lugar "durante todo el transporte", entendiendo esta expresión delimitadora de la responsabilidad del transportista como el período durante el cual la carga se encuentra bajo su custodia, lo que sucede desde que el transportista toma las mercancías bajo su poder o control hasta que las entrega al destinatario. La delimitación de este espacio temporal de la responsabilidad del transportista es coherente con el deber de custodia de la mercancía que le incumbe desde que se hace cargo de las mercancías y hasta que las entrega al destinatario. Por tanto, desde antes incluso de cargarlas y después de su descarga, puesto que ni expedidores ni destinatarios tienen acceso a las áreas en las que se llevan a cabo estas operaciones.

En atención a lo anterior, los argumentos de la recurrente no pueden prosperar.

En primer lugar, hay que observar que, a la vista de los hechos del caso, la sentencia recurrida parte de que no existe ningún contrato de depósito entre la compradora y la demandada. El único contrato celebrado por la empresa transitaria fue con Air France y, al amparo de una única carta de porte aéreo, la carga debía trasladarse desde Corea hasta el Aeropuerto de Madrid.

Al resolver el segundo motivo del recurso de casación, en el que la recurrente denuncia infracción del art. 38 del Convenio de Montreal, al entender que el contrato de transporte era combinado, nos ocuparemos de la influencia que en el régimen del contrato de transporte tiene que, en virtud de la "cláusula de sustituibilidad" prevista en la carta de porte, la transportista se reservara la facultad de trasladar las mercancías por otro medio de transporte y que, en el caso, el tramo París-Madrid se llevara a cabo en camión por carretera.

Basta ahora observar que, en el caso, el destino de la carga contratado con la transportista era el Aeropuerto de Barajas y que la mercancía debía entregarse en los almacenes de la demandada, donde se produjo la pérdida. Ello comporta que la pérdida de la carga tuviera lugar durante la ejecución del transporte aéreo y bajo la custodia del transportista aéreo puesto que, por lo dicho, el transporte termina con la entrega de la



carga y comprende el almacenaje una vez depositada en tierra. Conviene advertir que, sin perjuicio de lo que se dirá al resolver el motivo segundo del recurso de casación, no se ha cuestionado en el caso que el contrato de transporte celebrado está incluido en el ámbito de aplicación del Convenio de Montreal según su art. 1 (transporte internacional de carga, efectuado en aeronave, remunerado y en el que, conforme a lo estipulado, el punto de partida y punto de destino, haya o no interrupción en el transporte o transbordo, están situados, en el territorio de dos Estados Partes; en el caso, el Convenio entró en vigor para España el 28 de junio de 2004 y para la República de Corea el 29 de diciembre de 2007).

En sentido parecido, en un supuesto de pérdida de la mercancía en el almacén de depósito temporal del aeropuerto de destino, la sentencia 705/2016, de 28 de noviembre, afirmó que:

"(...) con relación a la aplicación del artículo 18 del Convenio de Varsovia, de 12 de octubre de 1929, ratificado por España el 31 de enero de 1930 [por lo que importa ahora, equivalente al art. 18 del Convenio de Montreal], la responsabilidad del porteador por pérdida de la mercancía, supuesto del presente caso, se produce cuando dicho hecho, generador del daño, acontece "durante el transporte aéreo". Transporte que, a los referidos efectos, se considera existente durante el tiempo en que las mercancías están bajo la custodia del porteador o sus dependientes, "sea en un aeródromo, a bordo de una aeronave, o en un lugar cualquiera en caso de aterrizaje fuera de un aeródromo".

"En el presente caso, esto es lo que sucedió, pues la mercancía se extravió en el almacén de European Air Transport que actuaba como dependiente del transportista según el propio tenor del artículo 30 del Convenio de Varsovia, dado que fue contratada por Air Logistics, agente del transportista aéreo, para actuar con agente de *handling* en el aeropuerto de Barcelona y, por tanto, en el ejercicio de la actividad contemplada de transporte. Por lo que resulta de aplicación el Convenio de Varsovia".

El motivo, por ello, se desestima.

3.- Planteamiento del segundo motivo. El segundo motivo denuncia infracción del art. 38 del Convenio de Montreal.

En su desarrollo alega que, de acuerdo con este precepto, en caso de transporte combinado efectuado en parte por aire y en parte por cualquier medio de transporte, las disposiciones del Convenio se aplican únicamente al transporte aéreo. Razona que, en el caso, el transporte aéreo finalizó en París y que la fase de transporte terrestre posterior fue autónoma e independiente, por lo que no procede la aplicación del Convenio al posterior almacenaje, donde se produjo el "robo" (sic) de la mercancía.

Por lo que se dice a continuación, el motivo va a ser desestimado.

4.- Desestimación del segundo motivo. El motivo se desestima porque en el caso no se celebró un contrato de transporte que combinara el transporte aéreo y el transporte terrestre, sino un transporte aéreo con "cláusula de sustituibilidad".

Para la aplicación del art. 38 del Convenio de Montreal no es suficiente que el transporte se desarrolle por varios modos, sino que debe ser un verdadero contrato de transporte multimodal, de modo que en el contrato se prevea la utilización de al menos dos modos de transporte, uno de ellos aéreo y con las condiciones del art. 1 del Convenio (transporte internacional en aeronave, remunerado o, en caso de que sea gratuito, efectuado en aeronave por una empresa de transporte aéreo). Para los supuestos en que se pacte que la carga se traslade por aire y por otro medio de transporte, el art. 38 ordena que se aplique el Convenio a la fase aérea.

En el caso, de los hechos probados en la instancia, resulta que el contrato de transporte contratado era un transporte aéreo (Corea/Aeropuerto de Barajas bajo el conocimiento de embarque aéreo), si bien, como es habitual en este sector, mediante la "cláusula de sustituibilidad" incluida en la carta de porte aéreo, la compañía aérea se reservaba la facultad de trasladar la mercancía por otros medios de transporte, salvo que el cargador diera instrucciones específicas en contrario.

De esta forma, la única prestación pactada es el transporte aéreo, con las consecuencias que ello comporta desde el punto de vista de las causas de exoneración de responsabilidad que pueden invocarse, o del régimen de extinción de la obligación en caso de imposibilidad sobrevenida, por ejemplo. Pero se reconoce al transportista la facultad solutoria de realizar el transporte de otro modo, sustituyendo el modo de cumplimiento, sin que a tales efectos sea necesario contar con el asentimiento ulterior del expedidor.

Así, el transporte efectuado por otro modo se considera dentro del período del transporte aéreo, y el transportista queda sometido al régimen de cumplimiento y responsabilidad del Convenio de Montreal.

Como bien dice la Audiencia, las partes celebraron un contrato de transporte aéreo porque no se convino el traslado por más de un modo de transporte y el "ius variandi" reconocido al transportista en la carta de porte



aéreo opera en el momento del cumplimiento ("res est in obligatione, altera in facultate solutionis", sentencia 398/1984, de 22 de junio, con cita de las sentencias de 23 de marzo de 1957, 28 de febrero de 1961 y 16 de diciembre de 1983) y no altera la calificación ni el régimen jurídico del contrato.

El motivo, por ello, se desestima.

5.- Planteamiento del tercer motivo. El tercer motivo denuncia infracción por aplicación indebida del art. 30 del Convenio de Montreal.

En su desarrollo, en síntesis, lo que plantea es que la demandada no está incluida en el ámbito del art. 30. Alega que, al entender lo contrario, la sentencia recurrida amplía el ámbito de aplicación del precepto a auxiliares independientes.

Para impugnar el razonamiento de la sentencia recurrida, aduce que la demandada no es dependiente ni agente de Air France, sino una contratante independiente que no debe beneficiarse de los límites del Convenio. Reitera, de acuerdo con lo manifestado en el recurso por infracción procesal, que no puede aceptarse la limitación de responsabilidad que resultaría del documento 4 del escrito de la contestación a la demanda, aportado en inglés sin traducción, del que según dice además la demandada tampoco sería parte y del que en todo caso resultaría que, si fuera aplicable el Convenio, no sería precisa la inclusión de una cláusula limitativa de la responsabilidad. Añade que el contrato de "handling" no es un contrato de agencia, sino un contrato atípico, que puede considerarse como de depósito a favor de tercero.

Por lo que se dice a continuación, el motivo va a ser desestimado.

6.- Desestimación del tercer motivo. Ya nos hemos referido al resolver el recurso por infracción procesal a la cita por la sentencia recurrida del límite de responsabilidad contenido en el anexo del "Standard Ground Handling Agreement" aportado en inglés por la demandada y a lo dicho allí nos remitimos. Señalaremos ahora que no ha sido discutido que la carga debía entregarse en los almacenes de la demandada en el aeropuerto de destino, Madrid-Barajas. También que, aunque se prescindiera de las funciones asumidas por la demandada frente a la transportista en virtud del contrato de "handling", la demandante-recurrente no ha acreditado otro título diferente del transporte documentado por la carta de conocimiento de embarque, y la Audiencia parte de que no existe un contrato de depósito con la demanda. Partiendo de estos datos, el motivo no puede prosperar.

De una parte, la recurrente pretende que la demandada responda sin límite en la cuantía de los daños por aplicación de las normas propias del depósito porque entre sus prestaciones se incluye la del depósito de la carga. Este argumento no es convincente porque, como dice la sentencia recurrida, no existe contrato de depósito y el deber de custodia se integra en la prestación del contrato de transporte. En sentido parecido, la mencionada sentencia 705/2016, de 28 de noviembre, en un caso semejante al presente, en el que se exigía responsabilidad a la empresa de "handling" que extravió la mercancía depositada en sus almacenes del aeropuerto, declaró:

"(...) con relación a la responsabilidad derivada, que en estos supuestos de transporte aéreo de mercancías, una vez depositada la mercancía en tierra, no por ello el contrato de transporte suscrito se convierte automáticamente, salvo pacto en contrario, en un contrato de depósito mercantil, con la exigencia de la responsabilidad propia o típica del depositario. Por el contrario, dicho contrato de depósito debe diferenciarse de otros contratos, como el contrato de transporte aéreo de mercancías, que aunque contengan un deber de custodia, no obstante, su naturaleza jurídica, con arreglo a las obligaciones principales del contrato, no resulta asimilable al contrato de depósito; de forma que presentan un régimen especial con relación al deber general de custodia y a la responsabilidad derivada".

Pero, al mismo tiempo que califica al contrato de depósito, incongruentemente, la recurrente pretende evitar la aplicación de los límites de responsabilidad previstos en el Convenio de Montreal para el caso de incumplimiento de los deberes de custodia propios del transporte, y exigibles hasta el momento en que se produce la entrega, mediante el ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual contra la empresa que, contratada por la transportista, perdió la mercancía que tenía en sus almacenes. Ello tampoco es posible porque la empresa que realiza las funciones de descarga, almacenaje y entrega de la carga, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 30 del Convenio de Montreal, puede "ampararse en las condiciones y en los límites de responsabilidad que puede invocar el transportista en virtud del presente Convenio".

Literalmente, el art. 30 del Convenio de Montreal permite ampararse en los mismos límites que el transportista a sus "dependientes" y "agentes" cuando actúan en el ejercicio de sus funciones. Contra lo que alega la recurrente, la referencia a "agentes" no se vincula a un contrato de agencia, sino al desarrollo de funciones accesorias pero esenciales para la completa ejecución del transporte. Puesto que el contrato de transporte comprende tanto la fase previa al estricto traslado como la fase posterior, hasta la entrega (arg. art. 18 del Convenio), no cabe duda de que las actividades instrumentales de descarga y almacenamiento se vinculan



de manera esencial al transporte, con independencia de que las preste el transportista por sí mismo, a través de sus empleados o a través de un tercero, lo que sucede precisamente en el transporte aéreo mediante los contratos de asistencia en tierra o "handling" por los que las compañías aéreas contratan los servicios instrumentales que precisan en los aeropuertos para la ejecución del transporte.

Esta interpretación amplia, funcional, del término "agente" es confirmada por la Directiva 96/67/CE del Consejo, de 15 de octubre de 1996, relativa al acceso al mercado de asistencia en tierra en los aeropuertos de la Comunidad, que se refiere precisamente al "agente" de asistencia en tierra para referirse a todas las personas que prestan a terceros una o varias categorías de servicios de asistencia en tierra [art. 2.g), y en el resto del articulado; parecidamente, para el Derecho español, el RD 1161/1999, de 2 de julio, por el que se regula la prestación de servicios aeroportuarios de asistencia en tierra, que incorpora la Directiva, y que entre los servicios de asistencia en tierra que desarrollan los "agentes" incluye la manipulación, almacenamiento, mantenimiento y administración de las unidades de carga así como la asistencia de la carga, que comprende su manipulación física].

Por todas las razones expuestas el tercer motivo del recurso de casación se desestima y confirmamos el fallo de la sentencia recurrida.

CUARTO.- Costas

La desestimación de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal determina la imposición de las costas devengadas por ambos recursos a la recurrente (arts. 398.1 y 394 LEC).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de Lig Insurance Company Limited contra la sentencia dictada el día 13 de diciembre de 2017 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.ª), en el rollo de apelación n.º 909/2016, cuyo fallo confirmamos.

2.º- Imponer las costas de ambos recursos a la parte recurrente y ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para su interposición.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.