



Roj: **SAP B 646/2017 - ECLI:ES:APB:2017:646**

Id Cendoj: **08019370152017100061**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **06/03/2017**

Nº de Recurso: **561/2015**

Nº de Resolución: **86/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MARIA FERNANDEZ SEIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Cuestiones: Transporte marítimo internacional. Responsabilidad del porteador. Reglas de la Haya-**Visby**. Pérdida de documentación administrativa que acredita el cumplimiento de los controles de sanidad. Límites a la indemnización.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 561/2015-1ª

Juicio Ordinario núm. 390/2013-MI2 (Transporte marítimo internacional).

Juzgado Mercantil núm. 4 Barcelona

SENTENCIA núm. 86/2017

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

Barcelona, a seis de marzo de dos mil diecisiete.

Parte apelante: Agrimares, S.L.

Letrados: Roque y Carlos Manuel .

Procuradora: Laia Gallego Uriarte.

Parte apelada: Dsv Air & Sea, S.A.U.

Letrada: Dolores Picó Causera.

Procurador: Raúl González González.

Resolución recurrida: Sentencia.

Fecha: 10 de noviembre de 2013.

Parte demandante: Agrimares, S.L.

Parte demandada: DSV Air & Sea, S.A.U.

Objeto: Transporte marítimo internacional.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. El fallo de la sentencia apelada es el siguiente: FALLO: « *DESESTIMO la demanda interpuesta por AGRIMARES S.A. contra DSV AIR & SEA S.A.U. sin condena en costas a ninguna de las partes* ».

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la representación de Agrimares, S.L. por escrito de 14 de diciembre de 2014. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito el 17 de marzo de 2015 oponiéndose al recurso e impugnando la sentencia. Se dio traslado a la apelante, que realizó alegaciones por escrito de 10 de julio, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 6 de octubre de 2016.

Ponente: magistrado JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

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

1.- Agrimares, S.L. (Agrimares) interpuso demanda de reclamación de cantidad contra Dsv Air & Sea, S.A.U. (Dsv). En los hechos referidos en la demanda se indica que las partes habían concertado un contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque. Conforme a dicho contrato, la entidad demandada se comprometía a transportar desde Chile hasta Barcelona dos contenedores precintados. Uno de los contenedores no fue entregado a Agrimares, por lo que reclama la cantidad de 39.705'65 €, derivada de los daños y perjuicios.

La parte demandada se oponía a lo solicitado de contrario alegando los hechos y excepciones referidas en la contestación.

2.- Tras los trámites correspondientes, la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Mercantil 4 de Barcelona (sentencia de 10 de noviembre de 2013), absuelve a la entidad demandada.

En la sentencia parte del siguiente relato de hechos probados:

(a) Agrimares (consignatario) contrató con Dsv (porteador contractual) un transporte de mercancías por mar desde Santiago de Chile hasta Barcelona. Dsv subcontrató dicho transporte con la mercantil Csav (porteador efectivo de las mercancías).

(b) Las mercancías que debían transportarse eran tripas de cerdo y de vacuno, así como maquinaria para entubar las tripas. Las mercancías iban en dos contenedores debidamente precintados de origen. Concretamente los contenedores objeto de transporte eran:

- Contenedor A, con la referencia GLDU 3189408: 80 bidones de tripas de cerdo saladas. El precinto de carga en origen era el R0696852 y el precinto de sanidad el 0828715.

- Contenedor B, con la referencia CAIU 2254198: 42 bidones de tripas de cerdo saladas, 37 bidones de tripa de vacuno salada y una máquina para entubar tripas. El precinto de la carga en origen era el R0696852 y el precinto de sanidad el 0828716.

(c) Las mercancías habían sido compradas por Agrimares a una filial suya, domiciliada en Chile, esta filial se llamaba Insuban y fue la cargadora de las mercancías. La compraventa se regía por la cláusula Incoterm FOB (Free on Board).

(d) El barco que transportaba la mercancía hizo escala en el puerto de El Callao (Perú). El buque que realizaba el transporte era el Merkur-Beach V-1216, propiedad de la naviera Csav. En el puerto de El Callao se procedió al desprecinto de todos los contenedores que portaba el barco, desprecinto justificado porque el buque era sospechoso de transportar droga. Los contenedores de la actora no quedaron afectados por la incautación, pero sí fueron objeto de revisión, por lo que hubo que desprecintarlos y precintarlos de nuevo tras la inspección aduanera.

- Al contenedor A le pusieron en Perú el precinto P60866.

- Al contenedor B le pusieron en Perú el precinto P60947.

(e) En las actas levantadas por las autoridades aduaneras peruanas (actas de 20 de julio de 2012), se hace constar la apertura y cierre de los contenedores objeto de estos autos. Mientras que en el caso del contenedor A se hace referencia tanto al precinto de origen de Chile como el precinto de sanidad chileno, en el contenedor B no hay constancia ni referencia al precinto de sanidad chileno.

(f) Las mercancías llegan al puerto de Barcelona, allí se hace cargo de las mismas la sociedad Bas y Pujol, S.A., agente de aduanas contratado por Agrimares. El contenedor A pasa el control de las autoridades portuarias españolas. El contenedor B fue rechazado por el Servicio de Sanidad.



La autoridad sanitaria española requirió a Agrimares para que aportara « *original de las explicaciones por parte de la autoridad sanitaria de origen (Chile) sobre la ausencia de los precintos declarado en el certificado sanitario de origen o bien, si ha existido apertura del contenedor, aclaraciones originales por parte de la autoridad aduanera o autoridad portuaria donde de haya producido el cambio de precinto* ».

(g) En definitiva, el contenedor B no pudo pasar los controles de aduana, fue rechazado por no aportarse los certificados sanitarios correspondientes. Agrimares decide reexpedir las mercancías a Santiago de Chile, con ello intenta minimizar los daños y perjuicios ocasionados por no poder disponer de ese contenedor en España.

Los gastos de transporte y reenvío, así como los días de almacenamiento en el puerto de Barcelona, la devolución de mercancías y otros gastos varios alcanzan la suma de 39.705'65 € conforme a la prueba pericial aportada por la parte demandante.

3.- Como hemos indicado, la sentencia dictada en primera instancia desestima completamente las acciones ejercitadas por Agrimares. En el fundamento jurídico cuarto de la sentencia se considera que concurren causas de exoneración de la responsabilidad del porteador. Los argumentos empleados son los siguientes:

(a) El requerimiento de documentación original efectuado por las autoridades sanitarias españolas « *entra dentro del margen de discrecionalidad de la autoridad aduanera, ante lo cual ninguna responsabilidad puede imputarse ni derivarse al porteador* ».

(b) La falta de constatación gráfica del precinto originario de sanidad de Chile no puede imputarse al porteador ya que entraría dentro del ámbito de responsabilidad de las autoridades peruanas, que fueron las que omitieron la comprobación del certificado de sanidad chileno o no constataron dicho certificado. Se considera en la sentencia que fueron las autoridades peruanas las que levantaron las actas en El Callao y que sólo a ellas puede imputarse la omisión a la referencia del certificado de sanidad chileno.

(c) En la sentencia se hace referencia al Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque (firmado en Bruselas, el 25 de agosto de 1924) y sus protocolos modificativos. Concretamente se hace referencia al artículo 4.2º en el que se recogen las causas de exoneración de la responsabilidad. En la sentencia se afirma que concurren los supuestos previstos en los apartados g), d) y q) del citado precepto. Estos apartados hacen referencia a la exoneración por detención o embargo por soberanos, autoridades o pueblos, al embargo judicial, a la fuerza mayor, o cualquier otra causa que no proceda de hecho o falta imputable al porteador, a sus agentes o encargados.

(d) En la sentencia se considera que la actora encomendó las gestiones del despacho aduanero en Barcelona a un tercero y que, por lo tanto, la aportación de la documentación requerida por las autoridades sanitarias caía dentro del ámbito de responsabilidad de Agrimares y de la entidad a la que se le encomiendan esas gestiones de tramitación administrativa.

(e) Pese a absolver a Dsv por exceder la reclamación efectuada de su ámbito de responsabilidad, sin embargo, en la sentencia no hay condena en costas, atendiendo a las dudas de hecho y de derecho que plantea el asunto.

SEGUNDO. -Motivos de apelación.

4.- Recurre en apelación Agrimares que cuestiona el fundamento jurídico cuarto de la sentencia, fundamento en el que se considera que concurría causa de exoneración de la responsabilidad de Dsv. Los argumentos del apelante son:

(1) Dsv había asumido una obligación de resultado: entregar las mercancías en el punto de destino.

(2) Incumplimiento de las obligaciones de custodia y vigilancia por la demandada. El error en el acta de desprecinto le era imputable a Dsv. No concurren las causas de exoneración del artículo 4.2 de las reglas de la Haya **Visby**.

(3) Incumplimiento de Dsv derivado de la ausencia de documentación original.

(4) Procedencia de las cantidades reclamadas: El daño es indemnizable.

TERCERO. - Sobre el régimen legal aplicable y sus consecuencias.

5.- Antes de entrar a analizar los concretos motivos del recurso de apelación, consideramos que puede ser útil establecer el marco normativo en el que debe resolverse el recurso, marco normativo que no resulta controvertido.

Como se indica en el fundamento jurídico tercero de la sentencia, ambas partes admiten que el régimen de responsabilidad aplicable en este caso al porteador marítimo es el establecido por el Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924 con las modificaciones introducidas por los Protocolos de 1968 y 1979 (Reglas de La



Haya- **Visby**), normativa que la sentencia toma como marco jurídico de aplicación aunque se hace mención al artículo 277 de la Ley de Navegación Marítima (ley 14/2014, de 24 de julio), que no se encontraba en vigor en la fecha de interposición de la demanda (29 de mayo de 2013). En todo caso, el artículo 277.2 de la norma de referencia no hace sino incorporar al texto legal lo que ya había declarado la jurisprudencia respecto de la aplicabilidad del Convenio.

Así lo había declarado, entre otras, la STS de 7 de abril de 1995 , que expresamente la aplicación de los Protocolos de 1968 y 1979, así también lo permitía, igualmente, la de la Ley de 1949 en los extremos en que se ajusta a dicho Convenio sin oponerse a lo establecido en los Protocolos.

Por su parte, la STS de 21 de julio de 2004 declaraba, en el mismo sentido, que el régimen legal contenido en la Ley de 1949 se ha modificado en virtud de los Protocolos de 1968 y 1979, que han supuesto una ampliación del ámbito de aplicación de la Ley de 1949 (así lo expresamos en nuestra sentencia de 17 de marzo de 2016 - ECLI:ES:APB:2016:3526).

6.- Establecido el régimen legal aplicable y siguiendo el criterio ya fijado en otras resoluciones de esta misma Sección (entre ellas la citada de 17 de marzo de 2016), entendemos que debe identificarse el régimen de responsabilidad correspondiente.

Las Reglas de La Haya-**Visby** se proponen regular la responsabilidad del porteador marítimo por la pérdida o daños en las mercancías sobre la base de la responsabilidad por culpa, que gira en torno a las obligaciones que el porteador asume en el contrato de transporte y a una relación de causas de exoneración que deben invocarse y probarse, situando la carga de la prueba en el porteador, quien tendrá que probar alguna de tales causas de exoneración (art. 8 LTM y 4.2 de las Reglas de La Haya-**Visby**).

Conforme al art. 4.2º del Convenio (art. 8, párrafo 2º LTM), que establece las causas de exoneración, el porteador no será responsable de la pérdida o daño que resulte (entre otras causas) de un acto u omisión del cargador (apartado i), de cualquier pérdida o daño resultante de vicio oculto, naturaleza especial o vicio propio de la mercancía (m), de los vicios ocultos que escapan a una diligencia razonable (p) o de cualquier causa que no proceda de hecho o falta del porteador o sus empleados, pero la carga de la prueba incumbirá al porteador (q).

Por su parte, el art. 6 LTM, establece que el porteador será civilmente responsable de todas las pérdidas, averías o daños sufridos por las mercancías (...) salvo los casos de exoneración de que tratan los artículos octavo y noveno.

Se trata de un principio general de responsabilidad por culpa del porteador por incumplimiento de sus obligaciones contractuales y las de su personal auxiliar, asumidas cuando se conviene el transporte en régimen de conocimiento de embarque, y que pueden tener su fuente en el marco legal imperativo o en el contractual.

7.- Tal y como indicábamos en la sentencia de 17 de marzo de 2016 :

«Este principio general se completa con otro que se deduce del resto de la normativa, según el cual se presume la responsabilidad del porteador en caso de daño o perjuicio para la carga durante el tiempo en que exista obligación de custodia (ordinariamente, el tiempo que transcurre desde la carga en el buque hasta la descarga en destino). Esta presunción admite prueba en contrario: de una parte, el porteador puede quedar exonerado si acredita haber empleado la diligencia debida (art. 8 párrafo 2º LTM, art. 4.1º del Convenio); y, de otra, para facilitar la exoneración de responsabilidad del porteador, el art. 8 LTM (art. 4.2º del Convenio) enumera, como se ha visto, una serie de supuestos en los que, de concurrir, queda eximido de responsabilidad el porteador, si bien la prueba de la concurrencia de alguna de estas causas de exoneración corresponde al porteador.

De otro lado, el art. 3.4º del Convenio modificado dispone que el conocimiento de embarque establecerá la presunción, salvo prueba en contrario, de la recepción por el porteador de las mercancías, en la forma en que aparezcan descritas conforme al párrafo tercero, a), b) y c), en particular sobre el estado y la condición aparentes de las mercancías. En el mismo sentido, art. 21 LTM» .

CUARTO.- Sobre el incumplimiento de una obligación de resultado.

8.- El primer motivo del recurso de apelación hace referencia al incumplimiento por parte del porteador de una obligación de resultado. Ciertamente es que el porteador se compromete a transportar y entregar la mercancía desde el puerto de origen al punto de destino, pero ese compromiso de entrega no objetiva la responsabilidad del porteador.

Tal y como hemos indicado en el fundamento anterior, la responsabilidad que nace de la relación con el porteador es una responsabilidad por culpa, cuestión distinta es que se produzca una inversión de la carga de



la prueba y se traslade al porteador la carga de acreditar que ha actuado con diligencia cuando la mercancía finalmente no haya podido entregarse en su integridad en el punto de destino.

9.- En el supuesto de autos es un hecho no controvertido el referido a que no se pudo entregar en destino uno de los contenedores. Tampoco se discute que los contenedores salieron del puerto de origen con la documentación sanitaria completa. Se identifica en el relato de hechos probados de la sentencia dónde se produce el problema, en Perú (puerto de El Callao), la causa del problema (la paralización y apertura de los contenedores ante la sospecha de que podían esconder droga), y la incidencia que ese problema tuvo en la posterior reanudación del transporte (el extravío de la documentación sanitaria expedida en origen de un consumidor).

10.- Debemos, por lo tanto, desestimar este primer motivo de apelación, sin perjuicio de lo que consideremos al analizar el resto de motivos de apelación.

QUINTO.- Sobre los deberes de custodia y vigilancia que asume el porteador.

11.- El deber de custodia y vigilancia de la mercancía durante su transporte es uno de los elementos esenciales del contrato. Esos deberes no sólo afectan a la conservación de la mercancía en condiciones idóneas sino que también debe extenderse a la conservación y custodia de la documentación que recibe, documentación que sirve para acreditar que la mercancía fue entregada en condiciones idóneas para ser transportada.

Entre esta documentación no cabe duda que es fundamental la documentación sanitaria, sobre todo en un supuesto como el de autos en el que se trata de un transporte internacional de productos cárnicos, productos que están sometidos a estrictos controles de sanidad.

El conocimiento de embarque, aportado como documento nº 6 de la demanda, identifica con precisión los contenedores transportados así como el contenido de esos contenedores.

No es discutido que al entregarse los contenedores en Chile se adjuntó la documentación administrativa de sanidad, por lo tanto, desde ese momento se inicia el deber de custodia del porteador, deber de custodia que necesariamente incluye la custodia de la documentación.

12.- La documentación sanitaria expedida en origen de uno de los contenedores desaparece o se extravía como consecuencia del incidente en el puerto peruano. Esa documentación estaba en poder y bajo la responsabilidad del porteador.

Lo cierto y no discutido es que, solventado el incidente en Perú, las mercancías se embarcan de nuevo hacia su destino y, en ese momento se constata el extravío de la documentación de un contenedor. Documentación que estaba bajo la custodia del porteador.

Sin duda no puede imputarse al porteador ese extravío, ni al porteador ni al transportista efectivo que, por orden del porteador realizaba el transporte, pero sí debe imputarse al porteador o a sus subordinados el no haber actuado con la diligencia precisa para detectar ese problema en el puerto de Perú e indagar sobre las razones de ese extravío y, en su caso, la recuperación de la documentación pertinente que estaba bajo su custodia.

13.- Esa responsabilidad no podía recaer en la parte actora, que no disponía de ningún tipo de control sobre esa documentación una vez entregada la mercancía. Tampoco puede recaer sobre la consignataria de buque contratada por la actora para recibir la mercancía en el puerto de Barcelona. Bas y Pujol (entidad contratada para realizar esas gestiones aduaneras) ni tenía deber de custodia de la documentación, ni tenía mecanismos para poder suplir o remediar las incidencias producidas en Perú.

14.- Este motivo de apelación debe ser estimado y, con ello, debe estimarse la demanda, dado que no concurre ninguna de las causas de exoneración previstas en el artículo 4.2. del Convenio de referencia. Este precepto establece que:

«2. Ni el porteador ni el buque serán responsables por pérdida o daño que resulten o provengan:

- a) De actos, negligencia o falta del Capitán, Marinero, Piloto o del personal destinado por el porteador a la navegación o a la administración del buque.*
- b) De incendio, a menos que haya sido ocasionado por hecho o falta del porteador.*
- c) De peligros, daños o accidentes de mar o de otras aguas navegables.*
- d) De fuerza mayor.*
- e) De hechos de guerra.*
- f) Del hecho de enemigos públicos.*



- g) De detención o embargo de Soberanos, Autoridades o pueblos, o de un embargo judicial.
- h) De restricción de cuarentena.
- i) De un acto u omisión del cargador o propietario de las mercancías o de su Agente o representante.
- j) De huelgas o lock-outs, o de paros o de trabas impuestos total o parcialmente al trabajo por cualquier causa que sea.
- k) De motines o perturbaciones civiles.
- l) De salvamento o tentativa de salvamento de vidas o bienes en el mar.
- m) De disminución en volumen o peso, o de cualquiera otra pérdida o daño resultantes de vicio oculto, naturaleza especial o vicio propio de la mercancía.
- n) De embalaje insuficiente.
- o) De insuficiencia o imperfección de las marcas.
- p) De los vicios ocultos que escapan a una diligencia razonable.
- q) De cualquier otra causa que no proceda de hecho o falta del porteador, o de hecho o falta de los Agentes o encargados del porteador; pero las costas de la prueba incumbirán a la persona que reclame el beneficio de esta excepción, y a ella corresponderá demostrar que la pérdida o daño no han sido producidos por falta personal, hecho del porteador, ni por falta o hechos de los Agentes o encargados del porteador.»

15.- En el supuesto de autos no concurre ninguno de los supuestos de exoneración referidos en el precepto reproducido. Sí se ha constatado una falta de diligencia del porteador en la custodia de la documentación imprescindible para una correcta entrega de la mercancía en destino. Circunstancia que lleva a revocar la sentencia en este concreto punto.

SEXTO.- Daño indemnizable.

16.- El artículo 4.5.a) del Convenio de Bruselas , en su redacción vigente, establece que:

«A menos que la naturaleza y el valor de las mercancías se hayan declarado por el cargador antes de su embarque, y que dicha declaración se haya incluido en el conocimiento, al transportista, como el buque, no serán en ningún caso responsables de las pérdidas o daños de las mercancías o en relación con las mismas en una cuantía superior a 666,67 unidades de cuenta por bulto o unidad, o dos unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto de las mercancías pérdidas o dañadas, aplicándose de ambos límites el más elevado» .

En el apartado e) de este mismo precepto se indica que:

«Ni el porteador ni el buque tendrán derecho a beneficiarse de la limitación de responsabilidad que en este párrafo se determina si se prueba que el daño es resultado de un acto o de una omisión del porteador, que se produjo o con intención de provocar un daño o temerariamente y con conocimiento de que probablemente de ello se deduciría un daño» .

17.- Por lo tanto, la norma general establece una limitación de responsabilidad y, excepcionalmente, se puede superar esta limitación si se constata el comportamiento doloso del porteador o, cuando menos, con dolo eventual. Esta regla traslada a quien reclama la prueba de la concurrencia de esta circunstancia especial.

18.- En el supuesto de autos no hay prueba directa de que el porteador hubiera actuado a sabiendas, es decir, no se le puede imputar que hubiera perdido u olvidado esa documentación de la administración sanitaria, imprescindible para poder superar los trámites aduaneros.

Tampoco hay prueba directa o indirecta que permita considerar acreditado que el porteador era consciente de la trascendencia de ese documento, es decir, si la ausencia de ese documento determinaba que no pudieran superarse los trámites aduaneros en España, o si dicha falta de documentación no pudiera haber sido de algún modo solventada al llegar al puerto de destino.

Debe operar la limitación en la indemnización partiendo de los datos que facilita el conocimiento de embarque, en el que se constata que el contenedor que no pudo entregarse pesaba 21.360 kilogramos. En el conocimiento de embarque no consta el valor de las mercancías (documento 6 de la demanda).

Por lo tanto deberán aplicarse los patrones de indemnización referidos en el artículo 4.5.a) del Convenio: dos unidades de giro por kilogramo de peso bruto de las mercancías no entregadas. Todo ello con el límite máximo de la cantidad reclamada en la demanda (39.705'65 euros).

SÉPTIMO.- Costas.



19.- Al estimarse el recurso, no hay condena en costas respecto de las causadas en segunda instancia (artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Respecto de las costas de la primera instancia la estimación de la demanda debe considerarse parcial por cuanto se ha reducido sensiblemente la cuantificación económica de la actora, por lo tanto, tampoco hay condena en costas.

Con esto queda resuelto el motivo de impugnación de Dsv, limitado únicamente a la no condena en costas en la primera instancia.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Agrimares, S.L. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 5 de Barcelona de fecha 10 de noviembre de 2013 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, condenando a Dsv Air & Sea, S.A.U. al pago de la cantidad que resulte de aplicar dos unidades giro por kilogramo de peso bruto de las mercancías no entregadas, que alcanzaban el peso de 21.360 kilos, con el límite de lo reclamado en la demanda (39.705'65 euros).

No hay condena en costas ni en primera ni en segunda instancia.

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.

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

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

PUBLICACIÓN. La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.