



Roj: **SAP B 2833/2017 - ECLI:ES:APB:2017:2833**

Id Cendoj: **08019370152017100131**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **21/04/2017**

Nº de Recurso: **659/2015**

Nº de Resolución: **162/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MARIA FERNANDEZ SEIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Barcelona, núm. 5, 26-05-2015,
SAP B 2833/2017**

Cuestiones: Transporte. Acción de repetición. Responsabilidad del transportista. Falta de diligencia.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 659/2015-2ª

Juicio Ordinario núm. 349/2014-3ª (Transporte terrestre)

Juzgado Mercantil núm. 5 Barcelona

SENTENCIA núm. 162/2017

Composición del tribunal:

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

MANUEL DÍAZ MUYOR

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

Barcelona, a veintiuno de abril de dos mil diecisiete.

Parte apelante: Kuehne & Nagel, S.A.

Letrada: Eva Payet Arbeo.

Procuradora: Magdalena Julibert Amargos.

Parte apelada: Transports S.S.S., S.A.

Letrado: Hugo Borja Iglesias.

Procuradora: Elisa Rodés Casa.

Resolución recurrida: Sentencia.

Fecha: 26 de mayo de 2015.

Parte demandante: Kuehne & Nagel, S.A.

Parte demandada: Transports S.S.S., S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. El fallo de la sentencia apelada es el siguiente: FALLO: « *DESESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda de juicio ordinario promovida por la Procuradora de los Tribunales D^a Magdalena Julibert Amargos, en nombre y representación de Kuehne & Nagel, SA contra Transports SSS, SA y en consecuencia ABSUELVO a la demandada de los pedimentos formulados de contrario. Todo ello con especial condena en costas para la parte actora* ».

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la representación de Kuehne & Nagel, S.A. el día 3 de julio de 2015. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito el 15 de octubre de 2015 impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 24 de noviembre de 2016.

Ponente: magistrado JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

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

1.- Kuehne & Nagel interpuso demanda de juicio ordinario contra Transports SSS en reclamación de 89.105'26 euros, intereses y costas.

En la demanda se reseñaba que Kuehne & Nagel había sido contratada por Grupo General Cable Sistemas, S.A. para transportar 24.173 kilogramos de cable eléctrico desde Manlleu hasta Hedemünden (Alemania). Las mercancías se recogieron en Manlleu el 16 de diciembre de 2011 y debían entregarse en destino el 20 de diciembre de 2011.

Kuehne & Nagel, a su vez, había subcontratado a Transports SSS para realizar el transporte de modo efectivo, por lo que fue Transports SSS quien acudió a Manlleu a cargar la mercancía (9 bobinas) con el compromiso de transportarlas a Alemania.

El conductor del camión condujo el vehículo desde Manlleu a Badalona el mismo día 16, quedando tanto la cabeza tractora como el remolque estacionados en un aparcamiento en Badalona.

El 19 de diciembre de 2011 Transports SSS denunció ante los Mossos d'Escuadra el robo de la mercancía, en el atestado se hace constar que el remolque del camión fue forzado.

Comunicado el robo a Kuehne & Nagel, ésta hizo frente a la reclamación efectuada por Grupo General Cable Sistemas, procediendo a repetir contra Transports SSS.

2.- Transports SSS se opuso a lo pretendido de contrario alegando, entre otros motivos, que el conductor del camión había actuado con diligencia suficiente ya que el camión y la cabeza tractora habían quedado estacionados durante el fin de semana en un aparcamiento que disponía de medidas de vigilancia suficientes.

3.- Tras los trámites correspondientes, el Juzgado Mercantil 5 de Barcelona dictó sentencia desestimando la reclamación de cantidad realizada por Kuehne & Nagel por considerar que el porteador había actuado como un profesional diligente y que las medidas adoptadas para la custodia de la mercancía eran razonables, siendo inevitable el robo.

SEGUNDO . -Motivos de apelación.

4.- La representación de Kuehne & Nagel recurre en apelación la sentencia de referencia por considerar que en la fundamentación jurídica de la sentencia se han introducido hechos que no fueron objeto de discusión en el pleito (concretamente que el robo se había producido *a mano armada* y mediante secuestro del conductor). También se plantea en el recurso de apelación una indebida valoración de la prueba, considera la parte recurrente que no concurre en este caso fuerza mayor, que en la sentencia no se ha valorado que el conductor del camión no fue suficientemente diligente en la custodia de la mercancía.

TERCERO. - Sobre la incongruencia de la sentencia.

5.- En el fundamento cuarto se la sentencia, concretamente en el párrafo tercero, se hace referencia a que en el supuesto de esas actuaciones la pérdida de la mercancía se había producido como consecuencia de un robo y secuestro *a mano armada del conductor* .

6.- Kuehne & Nagel considera que estos hechos han sido introducidos en la sentencia sin que hubieran sido objeto de discusión en el procedimiento, generándose con ello una situación de indefensión a la parte actora ya que en el pleito nunca se discutió cual había sido el origen de la pérdida de la mercancía, que no era un robo con violencia, sino un robo con fuerza mientras el vehículo se encontraba estacionado.



7.- Examinado el contenido de la sentencia en su totalidad se constata que la afirmación realizada en la sentencia es claramente errónea, un error material, dado que en ese mismo fundamento jurídico cuarto, en el párrafo cuarto, la sentencia hace referencia a la causa correcta de la pérdida de la mercancía, un robo en el aparcamiento. La sentencia hace mención a la valoración de la prueba documental, concretamente el atestado y el informe pericial, en los que de modo claro e inequívoco se describen las circunstancias de la sustracción de la mercancía mientras el camión estuvo estacionado en un aparcamiento en Badalona.

8.- En definitiva, se ha constatado un error material que no ha sido en modo alguno determinante del fallo de la sentencia, por cuanto en la sentencia se valoran los medios de prueba practicados en los que se acreditan las circunstancias en las que se produce la sustracción y se valoran los medios adoptados por el porteador en cuanto a la custodia de la misma.

Constatado el error debe rechazarse el motivo de apelación, sin perjuicio de tener por corregido el mismo con la presente sentencia.

CUARTO.- Sobre el grado de diligencia desplegado por el porteador.

9.- No es controvertido que Transports SSS recogió y cargó la mercancía el 16 de diciembre, tampoco que hubiera de entregar la misma en Alemania varios días después. La demandada contaba con un amplio margen para realizar el transporte.

10.- No se discute la decisión adoptada por el conductor del vehículo, optó por no salir directamente hacia Alemania y prefirió estacionar la cabeza tractora y el remolque en un aparcamiento en Badalona (donde la demandada tenía su domicilio social, según consta en la demanda). Este estacionamiento estaba fuera de la ruta que debía hacer el vehículo.

En la contestación a la demanda y en el escrito de oposición al recurso la parte demandada considera que su actuación fue diligente dado que los camiones no pueden circular por territorio francés durante el fin de semana (dato corroborado por los declarantes en la vista de juicio). Considera la parte demandada que de no haberse estacionado el camión en Badalona, hubiera tenido que ser detenido durante el fin de semana en territorio francés, por lo que podrían haberse producido problemas más graves de custodia.

11.- Al describirse la situación del estacionamiento de Badalona, en el atestado se indica que el lugar era un lugar cerrado, específicamente destinado al aparcamiento de camiones (incluso se indica que había un surtidor de combustible).

No se discute que para acceder y salir del aparcamiento es necesario franquear un portón, que el estacionamiento está vallado y que desde el exterior del aparcamiento no es posible, a simple vista, saber si hay vehículos estacionados.

No se discute que el estacionamiento no tiene cámaras de videovigilancia. Tampoco se discute que la empresa que explota el aparcamiento dispone de un servicio de seguridad presencial durante las horas nocturnas (de las 22 horas a las 6 de la mañana). Por lo tanto durante las horas diurnas no hay vigilancia contratada, ni presencial, ni por control remoto.

12.- En el atestado se constata que fue forzada la puerta del remolque y que, de ese modo, se sustrajeron las 9 bobinas, más de 24.000 kilogramos de cable metálico.

No se discute el valor de la mercancía.

La parte demandada considera que su actuación fue diligente dado que dejó el vehículo en un estacionamiento con razonables medidas de seguridad, actuó con diligencia al no iniciar el viaje el mismo día 16 y también al estacionar la cabeza tractora y el remolque.

13.- No es objeto de controversia el marco legal en el que deben resolverse las pretensiones de las partes, este marco legal es el convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956, de contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (Convenio CMR).

La parte demandada considera que es de aplicación el artículo 17.2 de dicho Convenio, que exonera de responsabilidad al transportista si la pérdida de la mercancía se debe a circunstancias que el transportista no pudo evitar o cuyas consecuencias no pudo impedir.

14.- Esta Sección ha tenido la oportunidad de establecer los parámetros para valorar la actuación del transportista, así en la Sentencia de 27 de enero de 2016 sintetizábamos nuestro criterio, en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo : «*Por esta Sala se ha mantenido en Sentencia de 23 de Abril del 2008 (ROJ: SAP B 4870/2008), y antes en las de 25 de noviembre de 2004 y 11 de enero de 2007 , entre otras, que el dolo, como componente subjetivo de la responsabilidad del deudor a consecuencia del incumplimiento*



de las obligaciones contractuales, no exige la concurrencia de un ánimo de perjudicar o dañar al acreedor, ni mucho menos la comisión de un delito, sino tan sólo que la infracción del deber jurídico sea voluntaria y consciente, en sintonía con la doctrina de las SSTs, entre otras, de 9 de marzo de 1992, que declara que deben entenderse dolosamente queridos los resultados que, sin ser intencionadamente perseguidos aparezcan como consecuencia necesaria de la acción.

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

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

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

15.- En el supuesto de autos no es controvertido que el transportista no sigue la ruta marcada para el transporte, tampoco lo es que dejara aparcado el camión y la cabeza tractora en un aparcamiento en Badalona, donde tenía su domicilio.

Han quedado acreditadas las medidas de seguridad que había en el aparcamiento, medidas de seguridad limitadas ya que durante el día no hay vigilancia ni directa, ni remota (cámaras).

La falta de diligencia del conductor del camión debe vincularse a tres circunstancias:

- (1) Abandonó la ruta prevista para poder pasar el fin de semana en su domicilio.
- (2) Aparcó el remolque y la cabeza tractora en un aparcamiento con vigilancia limitada dado que durante las horas diurnas no había otra medida de seguridad que los propios muros del recinto, sin vigilancia de entrada y salida.
- (3) El remolque y la cabeza tractora estuvieron varios días aparcados, aprovechando un fin de semana.

A estos tres factores debe añadirse una circunstancia específica: se sustrae el remolque completo que contenía varias toneladas de cable metálico. Por lo que la sustracción de esos elementos no hubiera pasado desapercibida si se hubiera adoptado la más mínima diligencia en la custodia.

16.- En el escrito de oposición al recurso se defiende que el conductor del camión actuó de modo diligente, por cuanto decidió no iniciar el transporte en el momento de la recepción de la mercancía para evitar tener que detenerse durante el fin de semana en territorio francés, puesto que en Francia no pueden circular durante el fin de semana vehículos pesados.

Ciertamente esa decisión habría de considerarse acertada si el conductor del camión hubiera adoptado cautelas razonables para la custodia de la mercancía durante esos días festivos. No adoptó esas cautelas o, cuando menos, las cautelas adoptadas eran insuficientes por cuanto decidió salirse de la ruta por razones de comodidad personal - poder pasar el fin de semana en su domicilio particular -, y estacionó el vehículo y el remolque en un recinto con medidas de seguridad claramente insuficientes.

Ninguno de los motivos de oposición tiene una consistencia suficiente como para desestimar el recurso.

17.- Debe estimarse el recurso de apelación y revocarse la sentencia dictada en primera instancia, condenando a la parte demandada al pago de las cantidades reclamadas, cantidades que no han sido objeto de controversia ni en su principal, ni en los intereses reclamados.



QUINTO.- Costas.

18.- La estimación del recurso de apelación determina la no imposición de las costas de la segunda instancia (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

19.- Respecto de las costas de la primera instancia, la estimación finalmente de lo pretendido por el actor determina que hayan de imponerse las costas de la primera instancia a la demandada, por aplicación del criterio del vencimiento objetivo (artículo 394 LEC).

FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Kuehene & Nagel, S.A. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 5 de Barcelona de fecha 26 de mayo de 2015 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se revoca en su totalidad, estimando la demanda interpuesta por Kuehne & Nagel, S.A. contra Transportes SSS, S.A. a quien se condena al pago de 89.105'26 euros, más el interés del 5% anual a partir de la fecha de pago por la aseguradora, más las costas de la primera instancia.

No hay condena en costas de la segunda instancia.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte 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, una vez firme, a los efectos pertinentes.

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

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.