



Roj: **SAP PO 997/2017 - ECLI:ES:APPO:2017:997**

Id Cendoj: **36038370012017100221**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **18/05/2017**

Nº de Recurso: **196/2017**

Nº de Resolución: **227/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL ALMENAR BELENGUER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00227/2017

N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

-

Tfno.: 986805108 Fax: 986803962

MC

N.I.G. 36038 47 1 2015 0300515

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000196 /2017

Juzgado de procedencia: XDO. DO MERCANTIL N. 3 de PONTEVEDRA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000438 /2015

Recurrente: ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL EN ESPAÑA

Procurador: FRANCISCO JAVIER TOUCEDO REY

Abogado: CARMEN AGUILAR PONCE DE LEON ZARAGOZA

Recurrido: GALLUS ALONSO ENRIQUE 001008796J SLNE

Procurador: LUIS PEDRO LANERO TABOAS

Abogado: RAFAEL CARO MOYA

APELACIÓN CIVIL

Rollo: 196/17

Asunto: Juicio Ordinario

Número: 438/15

Procedencia: Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra (sede en Vigo)

Ilmos. Sres. Magistrados

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENITEZ



LA SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, CONSTITUIDA POR LOS MAGISTRADOS RELACIONADOS AL MARGEN,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NÚM.227

En Pontevedra, dieciocho de mayo de dos mil diecisiete.

Visto el rollo de apelación seguido con el núm. 196/17, dimanante de los autos de juicio ordinario incoados con el núm. 438/15 por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra (sede en Vigo), siendo apelante la demandante " **ZURICH INSURANCE, PCL** ", representada por el procurador Sr. Toucedo Rey y asistida por la letrada Sra. Aguilar Ponce de León, y parte apelada la demandada "**GALLUS ALONSO ENRIQUE, S.L.N.E.**", representada por el procurador Sr. Lanero Taboas y asistida por el letrado Sr. Caro Moya. Es ponente el Ilmo. Sr. **D. MANUEL ALMENAR BELENGUER**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En fecha 16 de enero de 2017 se pronunció por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra (sede en Vigo), en los autos de juicio ordinario de los que deriva el presente rollo de apelación, sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada, decía:

" DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Toucedo Rey, en nombre y representación de ZURICH INSURANCE FLC SUCURSAL EN ESPAÑA contra GALLUS ALONSO ENRIQUE, representado por el Procurador Sr. Lanero Taboas.

Se imponen las costas procesales a la parte demandante que vio rechazadas sus pretensiones."

SEGUNDO .- Notificada la resolución a las partes, por la representación de la demandante se interpuso recurso de apelación mediante escrito presentado el 16 de febrero de 2016 y por el que, tras alegar los hechos y razonamientos jurídicos que estimó de aplicación, terminaba suplicando que, previos los trámites legales, se dicte sentencia por la que, estimando el recurso, se revoque la apelada y se estime la demanda presentada.

TERCERO .- Del referido recurso se dio traslado a la parte demandante, que se opuso al mismo a medio de escrito presentado el 7 de marzo de 2017 y por el que interesó la desestimación del recurso, con imposición de costas a la adversa, tras lo cual con fecha 14 de marzo de 2017 se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial para la resolución del recurso, turnándose a la Sección 1ª, donde se acordó formar el oportuno rollo de apelación y se repartió al Magistrado Sr. MANUEL ALMENAR BELENGUER, que expresa el parecer de la Sala.

CUARTO.- En la sustanciación del recurso se han observado todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia y que esta Sala comparte y tiene por reproducidos para evitar inútiles repeticiones, con la salvedad relativa al pronunciamiento sobre las costas de primera instancia, que será sustituido por el correspondiente de esta resolución.

PRIMERO .- **Planteamiento de la cuestión** .

En el presente procedimiento se ejercita por la compañía "Zurich Insurance PCL, sucursal en España", acción de subrogación ex art. 43 LCS contra "Gallus Alonso Enrique, S.L.N.E.", en reclamación de 25.318,33 €, por la indemnización satisfecha a su asegurada "Maramar Seafood 2006, S.L." a raíz de los daños y perjuicios causados por la conducta negligente del demandado.

Más concretamente, la pretensión se fundamenta en los siguientes hechos:

1º "Zurich Insurance PCL" tenía suscrita con la entidad "Maramar Seafood 2006, S.L.", dedicada a la importación, comercialización y distribución de productos de pesca congelados, una póliza de seguro nº 76075779, que cubría los daños y faltas que sufriera la mercancía, con motivo de su transporte desde la mercantil "Mar de Lagos Export Ltda.", radicada en Chile, hasta los almacenes del cliente de "Maramar Seafood 2006, S.L." (en lo sucesivo, "Maramar, S.L."), en Vilagarcía de Arousa (España), la empresa "Cefrico, S.L."

2º "Maramar, S.L." cerró un acuerdo comercial con "Mar de Lagos, Export Ltda." para el suministro de 27.000 kgrs. de tentáculos de jibia congelada, por un precio de 39.744 USD, dispuestos en 1.350 sacos de 20 kgrs.



cada uno, asumiendo el exportar los costes de transporte y documentación hasta el puerto de desembarque, para lo cual contrató los servicios de la entidad transitaria "Taylor Logistics Chile, S.A." (cuyo corresponsal en España es la entidad "Dachser Spain Air & Sea Logistics S.A.U."), la cual a su vez contrató para el transporte marítimo los servicios de la naviera "MSC Mediterranean Shipping Company", que cedió para la exportación la unidad 40'HC TGHU9900886.

3º Entre el 30 de enero y el 2 de febrero de 2015, el contenedor fue cargado en las instalaciones de "Mar de Lagos Export Ltda.", directamente sobre el plan del contenedor (sin paletizar); una vez finalizada la carga, se selló el contenedor con precinto de la naviera MSC y, para garantizar la calidad del producto, se ordenó una temperatura de transporte de -18º; el 2 de febrero se trasladó el contenedor al puerto de Coronel (Chile), donde el 6 de febrero se embarcó a bordo del buque MSC Fabienne, bajo las condiciones del conocimiento de embarque nº TSCNLVGO150132 emitido por el propio transitario y en el que figuraba una temperatura controlada de -18º.

4º En fecha 4 de marzo de 2015, el contenedor llegó al puerto de Amberes, donde quedó posicionado hasta el 11 de marzo, en que se transbordó al buque Finlandia, partiendo a Vigo, donde fue descargado el 14 de marzo; en fecha 18 de marzo, después de la inspección de las Autoridades sanitarias y del control de escáner del puerto de Vigo, que pasó satisfactoriamente, el contenedor fue transportado hasta las instalaciones de la entidad "Cefrico, S.L.", en Vilagarcía de Arousa, donde, al abrir las puertas, los operarios se percataron de que la mercancía llegaba a una temperatura incorrecta entre -10º y -15º, por lo que levantaron parte de no conformidad.

5º La entidad "Zurich Insurance PCL", una vez aportada la documentación oportuna, indemnizó a su asegurada por importe de 25.318,33 €, que se corresponden con el valor inicial de los daños (25.534,70 €), deducida la franquicia (1.500 €) y sumados los gastos de descarga, selección y frío (1.283,63 €).

6º La causa de los daños fue la falta de temperatura del contenedor, imputable a la entidad "Gallus Alonso Enrique, S.L.N.E." que, en su calidad de agente de aduanas, transitario y responsable de la última fase de importación, retirada del contenedor y transporte al almacén de "Cefrico, S.L.", dio órdenes directas de que el contenedor no debía conectarse al generador durante el tránsito terrestre, lo que motivó la pérdida de condiciones del producto y el rechazo del destinatario.

La entidad demandada "Gallus Alonso Enrique, S.L." se opone a la demanda alegando, primero, la falta de legitimación pasiva, dado que su única función ha sido la de agente representante aduanero/comisionista, contratado para realizar los trámites ante la autoridad en frontera, sin asumir la responsabilidad derivada del contrato de transporte; y, segundo, la falta de litisconsorcio pasivo necesario, al no haberse demandado a las entidades "Generali España S.A. de Seguros y Reaseguros" -que asegura el riesgo de responsabilidad civil derivado de la actividad de la demandada en virtud de la oportuna póliza-, "Dachser Spain Air & Sea Logistics, S.A.U." (corresponsal en España del transitario "Taylor Logistics") y "MSC Mediterranean Shipping Company" -como posibles responsables del daño-. Subsidiariamente, se alega que el rechazo de la mercancía no obedeció a la falta de temperatura en el momento de la recepción, sino a las condiciones en que se encontraba la mercancía, con bloques totalmente deformados, con escarcha y fuerte olor, lo que supone una descongelación y posterior recongelación y lleva a pensar en una pérdida de frío en el momento de la carga o durante el transporte, sin que sea posible técnicamente que tal pérdida y las consecuencias que se exponen, se generase en un transporte estimado de 1,5 h de duración y apenas 55 km, por lo que no cabe apreciar una relación causal entre el hipotético siniestro y la intervención de la demandada.

Centrado así el debate, el Juzgado "a quo" rechazó en la audiencia previa la falta de litisconsorcio pasivo necesario y, ya en sentencia, tras repasar la figura del transitario como empresario que se dedica en nombre propio a contratar el transporte que se encarga por el cargador, descarta la falta de legitimación pasiva argumentando que, a la vista de la documentación aportada, debe tenerse al demandado por un transitario a todos los efectos " y por tanto responsable a todos los efectos. El documento n.º 21 aportado con la demanda es revelador, y así se dice expresamente en la factura que uno de los conceptos por los servicios realizados es el de <honorarios agente transitario>; y las palabras son suficientemente claras, y siendo los términos claros, a ellos deberá estarse "

Acto seguido, la sentencia analiza la prueba practicada, en particular la testifical de D. Dimas -inspector de la entidad "Certa", que actuó en representación de la naviera- y D. Faustino -inspector de "Comismar" y persona que asesoró a "Maramar Seafood, S.L."-, que coinciden en que el problema debió producirse en origen, durante la congelación del producto, y el cuadrante de temperaturas del buque que realizó el transporte desde Santiago de Chile, que revela apagados de frío relevantes en la congelación del producto y en el transporte, concluyendo que no existen elementos para afirmar que el problema se produjera en el transporte terrestre entre Vigo y



Vilagarcía de Arosa, antes al contrario, todas las posibilidades están abiertas, en origen, en tránsito marítimo y en tránsito terrestre, e incluso, por el tiempo de transporte, esta última aparece como la menos probable.

Con estas premisas fácticas, la sentencia desestima la demanda al no apreciar responsabilidad del demandado en la producción de los desperfectos observados en la mercancía.

Disconforme con esta resolución, la aseguradora demandante interpone recurso de apelación, que articula sobre un único motivo, error en la apreciación de la prueba, al considerar que la practicada en autos -y en concreto la del testigo/perito de la demandante, Sr. Isaac , en relación con el informe del Puesto de Inspección Fronterizo y el resultado del escáner del puerto-, acreditan que el fallo o pérdida de frío se produjo en el transporte terrestre y es imputable a la demandada, porque el contenedor, durante los últimos movimientos, estaba sin generador de frío, instrucción dada expresamente por "Gallus Alonso Enrique, S.L.N.E."

SEGUNDO.- Naturaleza del contrato celebrado por "Gallus Alonso Enrique, S.L.N.E."

Como quiera que, al impugnar el recurso de apelación formulado de adverso, la demandada vuelve a invocar la falta de legitimación activa, procede examinar con carácter previo cuál era la naturaleza del contrato y, por tanto, las obligaciones asumidas por "Gallus Alonso Enrique, S.L.N.U." en el marco de la relación contractual que nos ocupa.

Como explica el preámbulo de la **Ley** 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, la determinación de los sujetos del transporte ha sido, en Derecho español, fuente de continuos problemas, tanto teóricos como prácticos, propiciados por una defectuosa regulación de tales cuestiones, por lo que la **Ley** dedica especial atención a la determinación de los sujetos del transporte y a los problemas que plantea la intervención en el transporte de varios sujetos. Se trata, por una parte, de clarificar la posición contractual de los transitarios, operadores de transporte, agencias de transporte y demás personas que intermedien en el transporte, consagrando, en líneas generales, la solución que ya se ofrecía en la normativa de ordenación del transporte terrestre (y, en última instancia, también en el art. 379 del Código de Comercio), que obligaba a tales intermediarios a contratar el transporte siempre en nombre propio y a asumir la posición del porteador; y, de otra parte, de abordar la intervención de diversos sujetos por vía de subcontratación en el transporte y la cuestión relativa a la determinación de las personas pasivamente legitimadas frente a las reclamaciones de responsabilidad.

La referida **Ley** es de aplicación no solo al contrato de transporte terrestre, sino que extiende en cierto modo sus efectos al denominado contrato de transporte multimodal, esto es, el celebrado por el cargador y el porteador para trasladar mercancías por más de un modo de transporte, siendo uno de ellos terrestre, con independencia del número de porteadores que intervengan en su ejecución (art. 67), que se regirá por la normativa propia de cada modo, como si el porteador y el cargador hubieran celebrado un contrato de transporte diferente para cada fase del trayecto (art. 68.1), si bien, cuando no pueda determinarse la fase del trayecto en que sobrevinieron los daños, la responsabilidad del porteador se decidirá con arreglo a lo establecido en la propia **ley** (art. 68.3).

La citada norma define al cargador al que " *contrata en nombre propio la realización de un transporte y frente al cual el porteador se obliga a efectuarlo* " (art. 4.1) y como porteador como aquel que " *asume la obligación de realizar el transporte en nombre propio con independencia de que lo ejecute por sus propios medios o contrate su realización con otros sujetos* " (art. 4.2), imponiendo a los empresarios transportistas, los transitarios, los almacenistas-distribuidores, los operadores logísticos, así como cualesquiera otros que contraten habitualmente transportes o intermedien habitualmente en su contratación, la obligación de contratar el transporte en nombre propio (art. 5.2).

En el formulario del Documento Veterinario Común de Entrada (DVCE) en la Unión Europea, se indica el exportador, el destinatario, el importador y el interesado en la carga, identificando a este último como "GALLUS ALONSO ENRIQUE, S.L.N.E." (folio 100). Y al pie del documento, como persona interesada en la carga descrita, que certifica que los datos que figuran en la parte 1 de este documento están completos y son ciertos, y se compromete a observar los imperativos legales derivados de la Directiva 97/78/CE, incluidos el pago de los controles veterinarios, y para hacerse cargo de nuevo de cualquier partida rechazada tras haber transitado por la UE hacia un país tercero (artículo 11.1.c) o, en su caso, los costes de su destrucción, se vuelve a identificar a la citada demandada (folio 100).

Por otra parte, en las copias de los correos electrónicos cruzados entre Dña. Catalina , empleada de "Gallus Alonso Enrique, S.L.N.E.", y D. Ovidio , que lo era de "Dachser Spain Air & Sea Logistics, S.A.U.", se pone de relieve como la primera da instrucciones al segundo sobre la organización de la descarga del contenedor, una vez despachado, para asegurar su transporte y entrega en las instalaciones de "Cefrico, S.L." a la hora indicada (folios 103 y ss.).



En la factura nº 193/15, de fecha 17/03/2015, girada a "Maramar Seafood 2006, S.L.", la demandada relaciona los siguientes conceptos por servicios realizados (folio 110):

CONCEPTOS EXENTO IVA SUJETO IVA

Gastos Puerto de Vigo 294,12

Tasas Sanidad 248,89

Gastos Puerto de Vigo 434,00

Posicionado PIF 54,66

Gastos Conexiones Frío y Demoras 150,00

Honorarios Agente Transitario 500,00

Transporte 217,50

Documentos 50,00

Gastos Inspeccion Sanidad-Soivre 50,00

Total Servicios realizados 543,01 € 1.456,18 €

Base IVA TOTAL IVA TOTAL 21% 305,80 € 2.304,99 €

Y en la factura nº 232/15, de fecha 07/04/2015, complementaria de la anterior, se indica (folio 111):

CONCEPTOS EXENTO IVA SUJETO IVA

Factura complementaria a la 193/15 0,00

Transporte Comp. a Marín 87,00

Paralizaciones Camión 217,00

Total Servicios realizados 0,00 € 304,00 €

Base IVA TOTAL IVA TOTAL 21% 63,84 € 367,84 €

El sopesado estudio de los referidos documentos lleva a concluir que la demandada "Gallus Alonso Enrique, S.L.N.E." no actuó como mero comisionista o agente de aduanas, sino como un verdadero transitario, en el sentido que atribuye al término el art. 121 de la **Ley** 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, que considera transitarios a "las empresas especializadas en organizar, por cuenta ajena, transportes internacionales de mercancías, recibiendo mercancías como consignatarios o entregándolas a quienes hayan de transportarlas y, en su caso, realizando las gestiones administrativas, fiscales, aduaneras y logísticas inherentes a esa clase de transportes o intermediando en su contratación".

En efecto, si "Gallus Alonso Enrique, S.L.N.E." aparece en el documento DVCE como "interesada en la carga", si reservó la facultad de dar instrucciones sobre cómo y cuándo realizar el transporte de la mercancía para su entrega al destinatario, si facturó honorarios como "transitario" y servicios en concepto de transporte..., cabe fundadamente concluir que actuó como transitario, asumiendo la contratación en nombre propio con el transportista, como cargador, de un transporte que a su vez había contratado, asimismo en nombre propio, con otro transitario, frente a quien ocupa la posición de transportista y que era el que contrató con el cargador efectivo.

Y aunque es cierto que la factura emitida por la empresa "Transportes Crespo y Cousido, S.L.", en relación con el transporte terrestre del contenedor a las instalaciones de "Cefrico, S.L.", se emite a nombre de "Mediterranean Shipping Company España, S.L.U." (folio 227), esta última es la naviera contratada, y no el transitario (sin que, por otro lado, parezca verosímil que la demandada facture por este concepto 500 € y el transportista 230 €, lo que lleva a pensar que este concepto está incluido en el primero), a lo que se añade que, según la contestación remitida por "Maramar, S.L." a "Zurich Insurance" el 25 de mayo de 2015, "el modo de trabajar respecto a los transportes es vía telefónica, es decir, el despachante nos llama y nos informa de que aduanas ha liberado el contenedor y nosotros, normalmente en la misma llamada le decimos a qué frigorífico y a qué hora debe enviar el contenedor..." (folio 109), lo que demuestra que era la demandada la que se encargaba de organizar el transporte a "Cefrico, S.L."

Recuérdese que la figura del "transitario" alude a quien, como empresario, se dedica en nombre propio a prestar servicios de intermediación en el transporte internacional de mercancías, entre el exportador o importador y las compañías de transporte, organizando el enlace entre los distintos transportistas para garantizar la continuidad del transporte a través de distintos medios o modos, y coordinando las operaciones

administrativas relacionadas con el transporte internacional (trámites fiscales, aduaneros o sanitarios, créditos documentarios, seguros...). Su posición es análoga a las agencias de transporte: cargador frente al transportista, y transportista frente al cargador, asumiendo los derechos y obligaciones inherentes a ambas partes.

En cuanto a la responsabilidad del transitario, el art. 47.1 de **Ley** 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, establece que el porteador responderá de la pérdida total o parcial de las mercancías, así como de las averías que sufran, desde el momento de su recepción para el transporte hasta el de su entrega en destino. Asimismo, el porteador responderá de los daños derivados del retraso en la ejecución del transporte conforme a lo previsto en esta **ley**.

Y el art. 51 del texto legal prevé que, cuando el transporte haya sido contratado para realizarse por medio de vehículos especialmente acondicionados para controlar la temperatura, la humedad del aire u otras condiciones ambientales, el porteador tan sólo podrá invocar en su favor la presunción de que la causa de la pérdida o avería fue la naturaleza de las mercancías cuando pruebe que ha tomado las medidas que le incumbían en relación con la elección, mantenimiento y empleo de las instalaciones del vehículo, y que se ha sometido a las instrucciones especiales que, en su caso, le hayan sido impartidas.

En materia de transporte marítimo, la responsabilidad del porteador se regula en los arts. 277 y ss. de la **Ley** 14/2014, de 24 de julio, de **Navegación Marítima**, que, tratándose de contratos de transporte marítimo de mercancías, nacional o internacional, se remite al Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque, firmado en Bruselas el 25 de agosto de 1924, a los protocolos que lo modifican, y a la propia **Ley**.

Distinto del transitario es el consignatario o agente de empresario naval, persona física o jurídica que, en nombre y por cuenta de su principal (el naviero), se dedica profesionalmente a la realización de las operaciones materiales y de los actos jurídicos necesarios para atender las necesidades relativas a la estancia del buque en puerto. El contrato de consignación de buques se regula en los arts. 319 y ss. de la **Ley** 14/2014, que exoneran al consignatario de responsabilidad ante los destinatarios del transporte de las indemnizaciones por daños o pérdidas de las mercancías o por retraso en su entrega (art. 322), salvo que, además de la consignación, se lleven a cabo actuaciones como transitario o de otra naturaleza, a las obligaciones previstas para el consignatario se añadirán las propias de las prestaciones complementarias concretamente asumidas (art. 324).

Y esta última situación es la que, como se deduce de la prueba practicada, se ha producido en el supuesto enjuiciado, puesto que, a las funciones propias del agente -despacho del buque, trámites aduaneros, PIF..., se añadieron las inherentes a un transitario -recepción de la mercancía y organización del transporte a destino-.

Por tanto, y sin perjuicio del examen de la relación causal entre la actuación de la demandada y el siniestro, la falta de legitimación pasiva, en el sentido de carecer de responsabilidad alguna por la última fase del transporte, entre el puerto de Vigo y las instalaciones de "Cefrico, S.L." en Vilagarcía de Arousa, por tratarse de prestación ajena a sus funciones, no puede prosperar.

TERCERO.- La causa del deterioro de la mercancía transportada.

La prueba documental y testifical practicada permite establecer los siguientes hitos temporales:

1º El buque "Finlandia" llegó al puerto de Vigo en fecha 11 de marzo de 2015 (así se indica en el DVCE -folio 100-) y descargó el contenedor TGHU9900886 en fecha 14 de marzo de 2015 (folios 95 y 96).

2º El 16 de marzo de 2015, el contenedor pasó el control del Puesto de Inspección Fronteriza del puerto de Vigo, indicándose la conformidad de la mercancía con los requisitos de la UE y que estaba congelada, y certificándose por el veterinario oficial o inspector oficial Castro Morán certifica que los controles veterinarios de esta partida se han realizado conforme a los requisitos de la Unión Europea (cfr. el DVCE, parte I y II -folios 99 y 100-).

3º A primera hora del 17 de marzo, Dña. Catalina, empleada de "Gallus Alonso Enrique, S.L.N.E." se dirigió por correo electrónico a D. Ovidio, empleado de "Dacher Spain Air & Sea Logistics, S.A.U.", señalando que el contenedor debía pasar escáner a las 08:00 horas del día 18 y, una vez pasado, debía dirigirse a "Cefrico, S.L.", y, ante la pregunta de este último acerca de "como siempre, sin generador, verdad?", aquella contestó a las 09:58 del mismo día 17: "Si perdona, todos sin generador"; no obstante, a las 10:15 horas, Dña. Catalina remitió un nuevo correo a D. Ovidio que decía "Como comentado por teléfono este contenedor tiene que estar mañana 18/03 a las 08:30 horas en Cefrico-Vilagarcía, por lo que deberá pasar hoy escáner", por lo que este último remitió a las 10:21 horas a "Import Sales AssistantVigo" otro correo participando que el contenedor



debía pasar escáner el mismo 17 porque tenía que estar al día siguiente en Vilagarcía, lo que reiteró a las 11:10 horas (cfr. las copias de los correos electrónicos -folios 101 y ss.-).

4º Tras pasar el escáner, el contenedor fue transportado a las instalaciones de "Cefrico, S.L." en Vilagarcía, donde, al abrir las puertas y comenzar la descarga, los operarios comprobaron que la mercancía llegaba a una temperatura de entre -10º y -15º y, al comenzar la descarga, aparecieron "bloques totalmente deformados lo que hace sospechar que hubo una pérdida de frío bien en el momento de la carta o durante el tránsito. Se abren varios sacos u se observa que presentan bastante escarcha y un fuerte olor", por lo que se emitió parte de no conformidad (cfr. la copia del parte de no conformidad -folio 107-), solicitando la intervención de un Comisario de Averías, que se presentó a las 13:55 horas del mismo día, procediendo a inspección la carga con el siguiente resultado (cfr. el dictamen pericial -debidamente ratificado en la vista- y las fotografías que incorpora -folios 48 y ss.-):

- Al abrir el contenedor y acceder al interior se percibe un olor fuerte.
- Los bloques de tentáculos de jibia congelada estaban envueltos en un plástico, debidamente ensacados, etiquetados y en aparente buen estado.
- Un gran número de sacos presentaban deformaciones, varias de ellas muy pronunciadas.
- Varios bloques de pescado presentaban abundante escarcha, síntoma de que se había roto la cadena de frío.
- Se toma la temperatura a algunos bloques de pota registrándose temperaturas de -11,5º C y -12,5º C y observando cambio de coloración.

5º Si bien en el conocimiento de embarque se hacía constar que la mercancía debía mantenerse a una temperatura de -18º C y que el ajuste de los controles del contenedor se había fijado en dicha cifra, durante el transporte se constataron las siguientes irregularidades (véase el registro de temperaturas del sensor del contenedor -folios 230 y ss.-):

- El 01/02/15, entre las 15:00 y las 17:00, la temperatura subió a los -7,77º, al cambiar el modo desde las 14:58 a las 15:47 a descongelación.
- El 02/02/15, entre las 17:00 y las 19:00, la temperatura ascendió a -7,74º, al pasar desde las 16:39 a 19:17 al modo apagado.
- El 06/02/15, entre las 05:00 y las 07:00, la temperatura ascendió a -9,98º, al estar desde las 04:42 a las 07:05 en modo apagado.
- El 26/02/15, entre las 19:00 y las 20:00, la temperatura subió a -9,80º, al permanecer entre las 19:44 y las 20:58 en modo apagado.
- El 04/03/15, entre las 20:00 y las 22:00, la temperatura llegó a -12,21º, al estar entre las 20:44 y las 23:44 en modo apagado.
- El 11/03/15, a las 08:00 se alcanzó una temperatura de -11,55º y a las 19:00 de -10,75º, al pasar a modo apagado de 05:17 a 08:35 y de 16:52 a 19:16.
- El 14/03/15, a las 08:00 se llegó a una temperatura de 11,29º, al haber pasado a modo apagado entre las 05:47 y las 06:37 y entre las 07:08 y las 08:56.
- El 16/03/15, a las 14:00 horas la temperatura ascendió a -8,70, al permanecer apagado desde las 12:34 a las 14:31.
- El 18/03/15, el generador se apagó a las 05:59 y ya no volvió a encenderse, lo que provocó que la temperatura subiese a -11,19º a las 07:00, a +1,97º a las 08:00 y a +4,20º a las 09:00, llegando a los 11:15º a las 18:00.

Si tenemos en cuenta, primero, que la exportadora fijó como temperatura correcta para la debida conservación de la mercancía los -18º C; segundo, como regla de general conocimiento, a partir de los -10º C, se reanuda el crecimiento de los microorganismos que alteran el alimento y cuando la temperatura supera los -4º C se reanuda el crecimiento de los microorganismos patógenos, y, al acercarse a los 0º C, comienza el cambio de estado, se desarrollan reacciones bioquímicas de deterioro y se producen cambios físico-químicos en el alimento (como la recristalización); tercero, que a lo largo del mes de febrero la temperatura del contenedor ascendió en cuatro ocasiones por encima de los -10º C y el 16 de marzo en una quinta ocasión; cuarto, que ese mismo día 16 de marzo, la mercancía pasó el control sanitario y al día siguiente el escáner de temperatura, sin que se detectaran anomalías; y, quinto, que el generador se apagó a las 05:59 del día 18 de marzo, y, al abrir las puertas del contenedor entre 08:30 y 09:00, los operarios comprobaron que los sacos estaban totalmente deformados, contenían bastante escarcha y despedían fuerte olor..., de todo ello podemos concluir



la imposibilidad de concretar el momento o momentos en que se produjo el deterioro de la mercancía por incremento de la temperatura.

Efectivamente, si bien el contenido del DVCE, al certificar la "conformidad", apuntala la versión de que la descongelación se produjo después de la inspección sanitaria, los testigos/peritos D. Dimas y D. Faustino coinciden en que es físicamente imposible que, en un margen temporal de dos horas (de 07:00 a 09:00), el proceso de descongelación provoque las consecuencias descritas, puesto que, de un lado, la existencia de escarcha revela un proceso de descongelación/recongelación, que no pudo darse el mismo día 18 de marzo, y, de otro lado, el olor a amoníaco no aparece a esa temperatura en el referido lapso de tiempo.

Las dudas quizá pudieran haberse disipado si se hubiera propuesto la declaración de la persona que realizó el control en el PIF y que hubiera podido aclarar qué se inspeccionó y en qué términos. Pero no ha sido así y la secuencia expuesta impide afirmar, más allá de toda duda razonable, que el desperfecto obedeciera a la actuación de la demandada, que ordenó no conectar el generador al transporte.

Llegado este punto, como recoge la sentencia de instancia, el daño pudo producirse ya en origen, con ocasión de las operaciones de congelación, envasado y carga en el contenedor, ya durante el transporte marítimo, ya en el transbordo de uno a otro buque en Amberes, ya a raíz de la descarga del contenedor en Vigo y transporte terrestre a destino.

Al no poder determinar que la causa del deterioro es imputable a la demandada o a cualquiera de los portadores que intervinieron con anterioridad en el transporte o, incluso, al exportador y cargador, la pretensión no puede prosperar.

CUARTO.- Costas procesales .

En materia de costas, la propia sentencia admite serias dudas de hecho, razonando que "*nos inclinamos al origen, pero en lo que aquí importa, dadas las circunstancias planteadas, todas las situaciones parecen abiertas, en origen, en tránsito marítimo y en tránsito terrestre...*".

La Sala comparte esta apreciación, dada la contradicción observada entre el cuadrante o registro de temperaturas del contenedor, el DVCE, la secuencia temporal, el hecho de que la última fase del transporte se verificara sin generador y la naturaleza del deterioro que presentaba la mercancía.

Procede, pues, dejar sin efecto el pronunciamiento de condena al pago de las costas de primera instancia, al apreciar justificadas las dudas de hecho que fundamentan la excepción contemplada en el art. 394 LEC , estimando en este apartado el recurso de apelación, lo que comporta a su vez que cada parte asuma las costas causadas a su instancia en esta alzada (arts. 394 y 398 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

LA SALA

FALLA

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el procurador Sr. Toucedo Rey, en **no** mbre y representación de la entidad "Zurich Insurance PCL", contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra (sede en Vigo) el 16 de enero de 2017 , debemos confirmar y confirmamos dicha resolución salvo en el particular relativo a la condena al pago de las costas, que se deja sin efecto.

Cada parte asumirá el pago de las costas causadas a su instancia en esta alzada. Con restitución del depósito.

Así lo acuerda la Sala y lo pronuncian, mandan y firman los Magistrados expresados al margen.