



Roj: **SAP Z 1594/2017 - ECLI:ES:APZ:2017:1594**

Id Cendoj: **50297370052017100288**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **06/07/2017**

Nº de Recurso: **564/2016**

Nº de Resolución: **419/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00419/2017

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA

SECCION QUINTA

N10250

DIRECCION.- C/ GALO PONTE Nº 1 DE ZARAGOZA-50.003

Tfno.: 976208053-055-051 Fax: 976208052

N.I.G. 50297 47 1 2014 0001283

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000564 /2016

Juzgado de procedencia: JDO. DE LO MERCANTIL N. 2 de ZARAGOZA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000001 /2015

Recurrente: ITALPANNELLI IBERICA S.A.

Procurador: MARIA BELEN GABIAN USIETO

Abogado: JAIME JOSÉ NAVARRO LLIMA

Recurrido: NOVO BANCO S.A. SUCURSAL EN ESPAÑA

Procurador: EMILIA BOSCH IRIBARREN

Abogado: ROGER CANALS VAQUER

SENTENCIA núm. 419/2017

ILMOS. Señores:

Presidente:

D. PEDRO ANTONIO PEREZ GARCIA

Magistrados:

D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO

D. ROBERTO GARCIA MARTINEZ

En ZARAGOZA, a seis de Julio de dos mil diecisiete.

En nombre de S.M. el Rey,



VISTO en grado de apelación ante esta Sección 005, de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1/2015, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL N. 2 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 564/2016, en los que aparece como parte apelante, ITALPANNELLI IBERICA S.A., representada por la Procuradora de los tribunales, Dña. MARIA BELEN GABIAN USIETO, asistida por el Abogado D. JAIME JOSÉ NAVARRO LLIMA, y como parte apelada, NOVO BANCO S.A. SUCURSAL EN ESPAÑA, representado por la Procuradora de los tribunales, Dña. EMILIA BOSCH IRIBARREN, asistido por el Abogado D. ROGER CANALS VAQUER, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la **sentencia** apelada de fecha 12 de Septiembre de 2016 , cuyo FALLO es del tenor literal siguiente: "Que, desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de ITALPANNELLI IBERICA, S.A. contra BANCO ESPIRITU SANTO S.A. debo absolver y absuelvo a la parte demandada respecto de las pretensiones deducidas en su contra en el presente procedimiento. Todo ello con imposición de las costas causadas en esta instancia a la parte actora."

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes por la representación procesal de ITALPANNELLI IBERICA S.A., se interpuso contra la misma recurso de apelación, y dándose traslado a la parte contraria se opuso al recurso, remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los Autos, y personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado, y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 27 de febrero de 2017.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución recurrida en tanto no se opongan a los de la presente resolución y;

PRIMERO.- Devenir del proceso

Entabló la actora, vendedora de unas mercancías, una acción dirigida a que se declare la responsabilidad de la demandada por incumplimiento de sus obligaciones contractuales derivadas de la realización de una operación dentro del contrato de crédito documentario suscrito entre la misma y un tercero. El fundamento de su incumplimiento lo concreta en la falta de adopción de las medidas necesarias para impedir que el juego completo de conocimientos de embarque emitido por la naviera para recoger la mercancía entregada para su transporte fuese sustraído y, consecuentemente, al ser un documento al portador que actúa como título de entrega de las mercancías dadas en transporte, se impidió al comprador que pudiera recoger las mismas en el punto de destino, Puerto Cabello (Venezuela). La demandada mantiene que la actora carece de legitimación para el ejercicio de la acción de responsabilidad y consiguiente condena a la emisión de una carta de indemnidad que deje a salvo a la actora de las consecuencias del incumplimiento de la demandada, así como que no puede imponerse una condena a una responsabilidad genérica, en que no existe ni responsabilidad, ni daño acreditado y en que no era preciso en Venezuela la entrega de los conocimientos de embarque para la retirada de las mercancías.

La sentencia de la instancia desestimó íntegramente la demanda.

La parte actora funda su recurso de apelación en los siguientes extremos:

- a) Error de hecho en la valoración de la prueba, en cuanto ha quedado acreditado que la parte demandada incumplió su entrega de los conocimientos de embarque y que tal incumplimiento fue culposo.
- b) Que se infringen diversos preceptos del Código Civil y del Código de Comercio, que imponen a la parte contratante un deber de diligencia, cuando actúa como mandatario o comisionista.
- c) Error en la valoración de la prueba en cuanto la desaparición de los documentos supone *per se* un daño para la actora que es lo que se trata de indemnizar por medio de la prestación de una carta de indemnidad.
- d) Que la pretensión declarativa de la existencia de responsabilidad es posible conforme a los arts. 5 y 219 de la LEC .
- e) Que, subsidiariamente, existen dudas de hecho o de derecho que justifican la no imposición de las costas a la actora.



La demandada reitera sus alegaciones sobre la falta de legitimación activa, la inexistencia de responsabilidad y de daño, la existencia de alegaciones nuevas como la existencia de comisión de transporte; que no se solicita la mera declaración de responsabilidad, sino también la reparación de un daño inexistente, así como lo adecuado del criterio del vencimiento para resolver la imposición de las costas.

SEGUNDO.- Hechos acreditados

No es discutido que la actora, dentro de un contrato de mayor importancia económica, con fecha 8 de marzo de 2014 vendió a la entidad Petróleos de Venezuela S.A. una serie de material prefabricado para la construcción por importe de 3.117.213,40 dólares. La operación se documentó en una factura emitida por la actora y se realizó pactada bajo en INCOTERM CIF (cost, insurance and freight). El transporte de la misma a su punto de entrega, Puerto Cabello (Venezuela) se realizaba a través de la naviera ZIM y se documentó bajo el conocimiento de embarque n° ZIMUNZ P075956/1 emitido el 8 de marzo de 2014. El pago del precio a la actora se efectuó a través del crédito documentario abierto por la compradora en la entidad demandada, bajo el n° OIC 1303001397, y contra la entrega de la documentación referida en el indicado contrato, en el que se incluía un set de tres juegos originales conteniendo el conocimiento de embarque y los demás documentos referidos en el contrato de crédito documentario. El citado crédito documentario se hallaba sujeto contractualmente a la última versión UCP -40E. *Applicable Rules. UCP LATEST VERSION-*

La parte demandada remitió al comprador los indicados documentos a través de la empresa de transporte DHL. Estando en poder de esta la indicada documentación, la misma fue sustraída en el aeropuerto de Bruselas, con ocasión de un trasbordo en el transporte aéreo.

La mercancía vendida había llegado a Venezuela con anterioridad al 28 de mayo de 2014 sin que a la misma fecha hubiera sido todavía despachada. A la fecha de la demanda ni con posterioridad no consta lo haya sido todavía.

TERCERO.- Falta de legitimación activa de la actora

Alega la demandada la falta de legitimación activa de la actora en cuanto esta no ha sufrido un daño y, por ello, no puede reclamar, pues era la vendedora que cobró por medio del crédito documentario abierto por la compradora ante la entidad demandada y, por tanto, en nada le afecta la sustracción el conocimiento del embarque.

A este respecto, la indicada modalidad de venta internacional de mercancías, CIF, entre las obligaciones contraídas por la actora está, con arreglo a los **INCOTERMS** 2010, la de proporcionar, a sus propias expensas, al comprador el documento de transporte usual para el puerto de destino acordado. En consecuencia, con independencia de que en la relación contractual entre la entidad demandada y el tercero ésta esté obligada a entregar directamente la documentación suministrada por la actora contra el pago pactado, lo cierto es que mediatamente el actor incumple frente al vendedor su obligación contraída con arreglo esta normativa uniforme. De otra parte, aunque en términos secundarios, el daño reputacional que tal actuación de la demandada puede producirle justifica la adopción de las medidas necesarias para remover el daño causado. Por tanto, se estima que existe la indicada legitimación activa.

CUARTO.- Error de hecho en la valoración de la prueba

A través de esta vía la actora combate dos hechos, la inexistencia de responsabilidad alguna por la sustracción de la documentación, y la existencia de daño ocasionado por la demandada con su actuar.

La segunda de las cuestiones fácticas discutidas fue la de si se produjo efectivamente un daño. La respuesta de la Sala es que si cualquier alteración del cumplimiento del contrato es susceptible de ocasionar daño, en este caso estimamos que sí. Sin embargo, existe una reserva de los daños y perjuicios que puedan producirse en el propio *petitum* de la demanda. La responsabilidad que se dice ejercitar no va tanto dirigida a la indemnización de los daños que puedan ocasionársele a la actora sino a la remoción de los efectos que impiden la consumación del contrato de compraventa internacional, que la actora imputa a la demandada por pérdida de la documentación contractual imprescindible, los conocimientos de embarque originales.

Sobre esta base, la actora lo ha planteado como acción de responsabilidad por culpa contractual o extracontractual, cuando en realidad lo que interesa la misma es, en sentido amplio, el cumplimiento del contrato de compraventa internacional de mercancías, imponiendo a quien estima responsable de su incumplimiento la remoción de los efectos que lo impiden, esto es, interesa el pleno y concreto cumplimiento contractual, entre las medidas tiene una singular importancia la prestación de una carta de indemnidad por el importe del 150% del valor de la mercancía para hacer frente la naviera a las eventuales acciones que terceros poseedores de buena fe de los conocimientos de embarque pudieran ejercitar contra ella al entregarse



las mercancías a quien no era poseedor de los documentos originales que justificaban la propiedad de las mercancías y que servían para la entrega.

Desde este punto de vista lo cierto es que la mercancía no consta se haya despachado en aduanas y se halla completado el proceso de importación y entrega al comprador.

Por ello, la acción ejercitada, aun denominada de responsabilidad, parece más bien de cumplimiento contractual y dirigida a remover los obstáculos que impiden la correcta ejecución del contrato.

Llegados a este punto, la primera cuestión no resuelta es si la mercancía fue o no entregada. El hecho de la entrega no ha quedado acreditado, en cuanto el correo electrónico de Petróleos de Venezuela de 11 de agosto de 2014 mantiene que no ha sido retirada por carecer de los conocimientos de embarque originales.

Partiendo de esta visión, ejercicio de una acción dirigida a remover la dilación en el cumplimiento contractual ocasionado por la actora, es a la demandada a la que corresponde acreditar el correcto cumplimiento de sus obligaciones contractuales, esto es, que entregó la documentación necesaria para retirar la mercancía con arreglo a lo pactado en el contrato de crédito documentario suscrito entre ella y la compradora o, caso de que no lo haya hecho, que tal documento no era necesario para obtener la entrega, pues no solo era meramente posible, sino que ha de probar que ciertamente la entrega se ha producido.

Sentado lo anterior, la carga de la prueba de la entrega estaba a cargo de la demandada y a la fecha actual, como a la de la demanda, esta no la ha levantado.

Partiendo de esta conclusión, habrá de examinarse si las alegaciones de la demandada tanto fácticas como jurídicas tienen la virtud de exonerarla de la obligación del debido cumplimiento contractual, esto es, obtener duplicados del conocimiento de embarque para la entrega de las mercancías.

Alega la demandada fundamentalmente que la entrega de los conocimientos de embarque no es siempre necesaria para entregar la mercancía, pues en el propio conocimiento de embarque consta, en la traducción realizada por el demandado y no discutida por la actora, que:

"EL EMBARCADOR ES RESPONSABLE DEL ESTIBO, EMPAQUETADO Y EL ADECUADO AMARRE DE LA MERCANCIA DENTRO DE LOS CONTENEDORES PARA SU TRANSPORTE MARITIMO. FCL-FCL. CONFORME A LA NORMATIVA LOCAL. LAS AUTORIDADES PORTUARIAS Y/O AUTORIDADES ADUANERAS EN DESTINO PODRAN DESEMBARCAR LA MERCANCIA A FAVOR DE LA PARTE A NOTIFICAR O CONSIGNATARIO SIN MOSTRAR LOS ORIGINALES DEL B/L y SIN NOTIFICAR AL TRANSPORTISTA. EL TRANSPORTISTA NO SE RESPONSABILIZA DE DICHA ENTREGA Y NO ACEPTA NINGUN TIPO DE RESPONSABILIDAD. EL COMERCIANTE CONFIRMA HABERSELE NOTIFICADO QUE LOS BIENES LIGADOS AL ETA DE VENEZUELA ESTÁN SUJETOS A NOTABLES RETRASOS DEBIDO A LAS RESTRICCIONES LOCALES DEL PUERTO ENTRANTE, MÁS ALLÁ DEL CONTROL DEL TRANSPORTISTA Y/O RESPONSABILIDAD.

Sin embargo, la prueba de la demandada para levantar su carga no se detenía en la mera posibilidad de que las autoridades podían ordenar la entrega de la mercancía a la parte sin el conocimiento de embarque, sino que la prueba debía acreditar que así se había hecho o que era posible con total certeza realizar tal actuación sin necesidad del conocimiento de embarque.

La mera alegación de la importancia de la compradora en el contexto nacional venezolano -Petróleos de Venezuela S.A. parece ser una de las más importantes empresas del país y al parecer de participación estatal- no permite presumir la entrega de la mercancía al margen de las formalidades contractuales.

De otra parte, el ofrecimiento de la demandada a suscribir la carta de indemnidad conjuntamente con la actora y cada una por la mitad de sus importe (75% del valor de la mercancía) al margen de cualquier actuación tendente a comprobar la efectiva entrega de la mercancía pudiera parecer, en las circunstancias en que se realiza y atendiendo al total material probatorio aportado al proceso, tanto un acto propio como una actuación comercial de la demandada para satisfacer las quejas de dos importantes clientes.

Por último, en cuanto a la actuación imprudente de la demandada, base del incumplimiento denunciado, el examen de las actuaciones pone de relieve que era la demandada la que a falta de instrucciones de la actora decidió el medio para hacer llegar la documentación contractual de la compraventa, facturas y conocimientos de embarque a la compradora. Eligió un medio ordinario aunque no completamente seguro a través de una compañía de reconocido prestigio, lo que motivo que la totalidad de la documentación, tres juegos de originales, fuese sustraída en tránsito. Sobre esta base fáctica, ha de concluirse que la demandada adoptó las medidas que la prudencia podía exigir, no tanto un aseguramiento de los documentos, cuyo valor no era el de la mercancía pero podía ser valorado como tal por la aseguradora, como elegir un medio razonablemente seguro y protegido de transporte. En este sentido, no puede hablarse de responsabilidad *in vigilando* y la responsabilidad *in eligendo* de un medio que se reveló inseguro e inadecuado para transmitir una importante documentación no



supone *per se* una fuente de responsabilidad por culpa en cuanto parece que es la forma usual de remisión de documentación en operaciones de este tipo. En todo caso, aun de estimar que la demandada no puede sustraerse a su responsabilidad por no completar su diligencia en el transporte de los documentos, habrá de examinarse si en el presente caso existía una norma consuetudinaria o contractual que le exonerase de la misma.

Esta Sala quiere destacar que el art. 35 de las Reglas y Usos Uniformes para créditos documentarios, revisión 2007, publicación 600, de la CCI, aplicables al caso según el tenor contractual del crédito documentario ya descrito, establece que:

Artículo 35. Exoneración de la transmisión y la traducción

El banco **no asume ninguna obligación ni responsabilidad por las consecuencias resultantes del retraso, pérdida en tránsito, mutilación u otros errores que puedan resultar en la transmisión de cualquier mensaje o en la entrega de cartas o documentos**, cuando tales mensajes, cartas o documentos sean transmitidos o enviados de acuerdo con los requisitos establecidos en el crédito, o cuando el banco haya tomado la iniciativa en la elección del servicio de entrega en ausencia de tales instrucciones en el crédito.

El examen del crédito documentario, emisión SWIFT al efecto establece "4CE Normas Aplicables: ÚLTIMA VERSIÓN UCP". Lo que parece remitirse a toda la normativa, también al indicado precepto a falta de instrucción del comprador.

A la vista de lo anterior aunque la demandada no ha cumplido la obligación de entrega a su solicitante de crédito, dicha causa, la pérdida de documentos por la demandada, amén de no reputarse culpable, esta exonerada de responsabilidad con arreglo al contrato de apertura de crédito documentario irrevocable.

Por ello, el recurso ha de ser íntegramente desestimado.

QUINTO.- Costas procesales.

Las costas de esta alzada se rigen por el *art. 398 LEC*.

Dada la naturaleza de las relaciones jurídicas y los hechos acreditados se estima la existencia de dudas de hecho o derecho que justifican la no imposición de las costas al actor vencido.

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación.

F A L L O

Que estimamos parcialmente el recurso de apelación formulado por **ITALPÀNNELLI S.A.** contra la sentencia de fecha 12 de septiembre de 2016 dictada por el Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado Mercantil nº 2 de Zaragoza en los autos de Juicio ordinario número 1/2015, revocando la resolución recurrida en el único sentido de no haber lugar a imponer las costas de la instancia a ninguna de las partes. No se hace declaración sobre las costas del recurso.

Procédase a la devolución del depósito constituido.

Contra la anterior Sentencia cabe interponer Recursos por Infracción Procesal y/o Casación ante esta Sala en el plazo de veinte días, del que conocerá el Tribunal competente, debiendo el recurrente al presentar el escrito de interposición acreditar haber efectuado un depósito de 50 euros para cada recurso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección (nº 4887) en el Banco de Santander, debiendo indicar en el recuadro Concepto en que se realiza: 04 Civil-Extraordinario por infracción procesal y 06 Civil-Casación, y sin cuya constitución no serán admitidos a trámite.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, junto con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. Pedro deliberó, votó y no pudo firmar.