



Roj: **SAP B 10278/2018 - ECLI:ES:APB:2018:10278**

Id Cendoj: **08019370152018100663**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **29/10/2018**

Nº de Recurso: **363/2018**

Nº de Resolución: **705/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **BARBARA MARIA CORDOBA ARDAO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120158006020

**Recurso de apelación 363/2018 -3**

Materia: Juicio Ordinario

**Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 06 de Barcelona**

**Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 628/2015**

Parte recurrente/Solicitante: ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL EN ESPAÑA

Procurador/a: Jaume Guillem Rodriguez

Abogado/a:

Parte recurrida: ALLIANZ VERSCHERUNGS-AG, DIAL IMPEX SPAIN S.L.

Procurador/a: Viviana Lopez Freixas

Abogado/a: Christian Casanovas Pérez

**Cuestiones.**- Acción subrogatoria ex art. 43 LC. Responsabilidad de la compañía aseguradora frente a terceros durante la suspensión del contrato de seguro por impago de la prima única. Pérdida total de la mercancía.

**SENTENCIA núm. 705/2018**

**Composición del tribunal:**

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

JOSE MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

BÁRBARA M<sup>a</sup> CÓRDOBA ARDAO

Barcelona, a veintinueve de octubre de dos mil dieciocho.

**Parte apelante:** Zúrich Insurance PLC Sucursal en España

Letrada: Carmen Aguilar Ponce de León

Procurador: Jaume Guillén Rodríguez



**Parte apelada:** Allianz Versicherungs-AG

Letrado: Christian Casanovas Pérez

Procurador: Viviana López Freixas

**Resolución recurrida:** Sentencia

Fecha: 13 de septiembre de 2017

Parte demandante: Allianz Versicherungs-AG

Parte demandada: Zürich Insurance PLC Sucursal en España y Dial Impex Spain SL.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** El fallo de la sentencia apelada es el siguiente: " FALLO:

" ESTIMAR la demanda de juicio ordinario promovida por la Procuradora de los tribunales D<sup>a</sup> Viviana López Freixas, en nombre y representación de Allianz Versicherungs-Ag contra Dial Impex Spain SL y contra Zürich PLC Sucursal en España; y en consecuencia condeno a las demandadas de forma solidaria a abonar a la actora la suma de 36.305,92 euros más los intereses legales. Todo ello con especial condena en costas de las partes demandadas."

**SEGUNDO.** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la compañía de seguros Zürich PLC Sucursal en España. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito 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 17 de mayo de 2018.

Es ponente BÁRBARA M<sup>a</sup> CÓRDOBA ARDAO.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

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

1.- La parte actora ejercita una acción subrogatoria ex art. 43 LC, contra la compañía de transportes Dial Impex Spain SL a la que reclama el pago de la cantidad de 36.305,92 euros como consecuencia de la sustracción de la mercancía recogida en las instalaciones que la empresa GT SRL tiene en la localidad de Cessalto (Italia) y por tanto, sin que la llegara a entregar a su destinatario final, el establecimiento "Brico Depot" de Saint Martin de Crau (Francia), con base en el art. 31.1 letra a) del Convenio internacional "CMR" relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera.

Asimismo, interesa la condena solidaria de la compañía Zürich, como aseguradora de la responsabilidad civil de Dial Impex Spain SL, derivada del transporte de mercancías por carretera, en virtud de la póliza de seguros de transportes terrestre nº 69566701, vigente en el momento de los hechos, todo ello, al amparo de lo dispuesto en el art. 76 LCS.

2.- La compañía Dial Impex Spain SL no contestó a la demanda siendo declarada en rebeldía procesal, situación que se mantiene en esta instancia.

3.- La compañía de seguros Zürich se opuso a la demanda por los siguientes motivos: a) por falta de legitimación activa de la compañía Allianz. A su entender, de la documental obrante en autos se desprende que quien efectuó el pago de la indemnización que ahora se reclama fue el mediador de seguros ASKO; b) por falta de legitimación pasiva, pues en el momento de ocurrir el siniestro objeto de autos, la póliza de seguros había sido anulada por impago de la prima única al amparo del art. 15 LC; c) subsidiariamente, por falta de acción pues tal como prevé el art. 36.1 del Convenio CMR, la reclamación se tenía que haber dirigido contra el primer transportista, la empresa TFA, responsable de la pérdida total o sustracción de la mercancía cuyo valor se reclama.

4.- Tras los trámites correspondientes, el juzgado mercantil nº 6 de Barcelona, dictó sentencia estimando la demanda por las razones siguientes: a) en primer lugar, desestimó la excepción de falta de legitimación activa, teniendo por acreditado que quien efectuó el pago cuya restitución ahora se reclama fue la compañía de seguros Allianz, habiendo actuado la entidad Asko únicamente en su condición de mediador de seguros, por cuenta de aquella; b) luego, rechazó la excepción procesal de falta de legitimación pasiva. Si bien entiende que el contrato estaba en suspenso en el momento de producirse el siniestro por impago de la tercera fracción de la prima única pactada, concluye que ello no es oponible frente a terceros, sin perjuicio del derecho de la compañía Zürich de repetir tales cantidades contra el asegurado y c) considera que la actora sí que tiene



acción contra la compañía Dial Impex Spain SL pues fue ella o el transportista que ésta designó, quien recogió la mercancía que luego no entregó en destino, al amparo del art. 16 y 23 del Convenio "CMR".

#### **SEGUNDO. Motivos de apelación.**

5.- La parte demandada Zúrich se alza contra la anterior sentencia reproduciendo, en síntesis, los mismos motivos de oposición invocados en su escrito de contestación. Concretamente: a) falta de legitimación activa de Allianz; b) falta de legitimación pasiva de Zúrich y c) falta de acción contra Dial Impex.

6.- La parte actora impugna el anterior recurso y solicita la estimación de la sentencia en sus propios términos. Insiste en que fue ella quien abonó el importe de la indemnización cuya restitución interesa, de la que deben responder solidariamente los dos codemandados, la empresa de transportes Dial Impex por ser la empresa encargada de transportar por carretera la mercancía cuya pérdida se reclama desde los almacenes de Italia a Francia y la compañía de seguros Zúrich, porque en el momento de producirse el siniestro, estaba en vigor la póliza de seguros de responsabilidad civil suscrito con la empresa Dial Impex para cubrir aquellas incidencias que pudieran surgir con motivo del transporte por carretera de la mercancía de un lugar a otro.

#### **TERCERO. Principales hechos que sirven de contexto.**

7.- Tras revisar la prueba documental obrante en autos, ese tribunal no puede sino alcanzar la misma conclusión que el juez *a quo*, en relación a los hechos probados y las consecuencias jurídicas que de ellos se derivan.

8.- En febrero de 2014, la empresa italiana Codognotto Italia Spa contrató los servicios de la empresa TRANS INTERNATIONAL SPED NCA SRL para llevar a cabo un transporte de mercancía por carretera desde las instalaciones que la empresa GT SRL tenía en Italia, en concreto, en la localidad de Cessalto, hasta el establecimiento "Brico Depot" en Saint Martin de Crau (Francia), según constan de los documentos 2 a 3 bis de la demanda.

9.- La empresa Trans International Sped NCA SRL tenía contratada con la compañía de seguros Allianz, una póliza de seguro de responsabilidad civil para cubrir los siniestros derivados del transporte de la mercancía por carretera (docs. 1 y 1 bis de la demanda).

10.- Recibido el encargo, Trans International Sped NCA SRL subcontrató a su vez a la compañía de transporte demandada Dial Impex Spain SL para la realización del transporte (doc. 4 y 4 bis).

11.- El día 19 de febrero de 2014, la compañía Dial Impex Spain SL o la persona transportista por ésta designada, recogió la mercancía en los almacenes que GT SRL tenía en Cessalto (Italia), según se desprende del doc. 2 de la demanda, hecho que tampoco ha sido controvertido por la parte demandada.

12.- Si bien, la mercancía nunca fue entregada a su destinatario final, lo que motivó la interposición de la correspondiente denuncia en fecha 13 de marzo de 2014 por parte de International Sped NCA SRL ante la policía italiana (docs. 7 y 7 bis).

13.- La compañía GT SRL reclamó entonces a la mercantil Codognotto Italia, una indemnización por importe de 36.405,92 euros equivalente al valor de la mercancía sustraída (doc. 8 a 9 bis).

14.- Abonado el importe, Codognotto Italia reclamó a su vez su devolución a la empresa Trans International Sped NCA SRL (docs. 10 y 10 bis) y ésta, a la empresa de seguros Allianz.

15.- En fecha 2 de octubre de 2014, el corredor de seguros ASKO ASSEKURANZMAKLER, "con poder del asegurador Allianz Versicherungs-Ag", tras reconocer la responsabilidad del siniestro, realizó una transferencia bancaria a favor de Trans International Sped NCA SRL por importe de 36.305,92 euros, tras descontar los 100 euros de la franquicia (docs. 11 a 14 bis y resultado de la prueba testifical escrita a ASKO, obrante en los folios 342 y 343).

16.- Acto seguido, Trans International Sped NCA SRL le cedió a Allianz las acciones que correspondan conforme a derecho derivadas del siniestro (doc. 15 bis).

17.- La compañía Allianz le reclamó entonces extrajudicialmente a la sociedad Dial Impex y a su compañía de seguros Zúrich, la restitución de dicho importe. Al no ser atendidas sus pretensiones, interpuso la presente demanda (doc. 18 y a 23 bis).

#### **CUARTO. Falta de legitimación activa.**

18.- La compañía aseguradora Allianz ejercita una acción subrogatoria ex art. 43 LCS, reclamando contra la compañía Dial Impex (transportista) y contra su compañía de seguros Zúrich la restitución de la cantidad



abonada a su asegurado, con motivo de la pérdida de la mercancía transportada, al tratarse de un siniestro cubierto por la póliza de seguros.

**19.-** La compañía de seguros Zúrich se opone a la estimación de la demanda alegando falta de legitimación activa de la actora para entablar dicha acción al no aportar un justificante de pago del ingreso cuya restitución reclama.

**20.-** Tal como señalamos en nuestra sentencia de 27 de junio de 2017, el fundamento, la naturaleza y los presupuestos de la subrogación prevista en el art. 43 LCS han sido declarados por el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 699/2013, de 19 de noviembre de 2013:

I.- Fundamento de la subrogación prevista en el artículo 43 LCS: " *el asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización*".

**21.-** La doctrina centra el fundamento de la subrogación legal del asegurador sobre las siguientes bases.

Primera, evitar que el asegurado que, como consecuencia del siniestro, tiene una doble vía de resarcimiento del daño (contra el asegurador y contra el causante del daño), pueda enriquecerse ejercitando ambos derechos (el principio indemnizatorio a que se refiere el art. 26 LCS);

Segunda, impide que el tercero responsable se vea libre de su obligación de resarcir el daño por la protección que obtiene el asegurado merced al contrato de seguro;

Tercera, supone un beneficio para el asegurador, pero también para el asegurado en la medida en que el primero obtiene unos recursos que le favorecen una mejor explotación del negocio y el segundo no verá incrementada la prima que, en caso de insolvencia del responsable del daño, debiera soportar.

Las razones apuntadas ya aparecían en la exposición de motivos del Código de Comercio de 1885: " *Satisfecho el asegurado de cualquiera de los modos indicados, es de estricta justicia que, como consecuencia de este acto, quede subrogado ipso iure el asegurador en todos los derechos del asegurado, contra los terceros que sean responsables del incendio, por cualquier título o concepto; pues ni el asegurado, una vez percibida la indemnización, puede exigir de éstos otra, lo cual constituiría un lucro o beneficio, en oposición con la naturaleza fundamental del mismo contrato, ni los terceros quedan libres de su responsabilidad en virtud del seguro, como acto ajeno a ellos, siendo, por el contrario, muy ventajosa esta subrogación al mismo asegurado, que obtendrá por ella alguna rebaja en la cuantía del premio del seguro*".

II.- Naturaleza jurídica de la subrogación. Aunque se sostiene por algunos que la subrogación constituye una cesión de créditos, o un supuesto atípico de sucesión en el crédito del asegurado frente al tercero responsable, o un supuesto particular de subrogación por pago, es lo cierto que el art. 43 LCS establece una subrogación legal -aunque no se produzca automáticamente-. Como destaca la doctrina, mientras la cesión es el cauce para realizar el interés de la circulación del crédito, la subrogación atiende a la satisfacción de un interés subrogado para recuperar, por vía de regreso, un desembolso patrimonial efectuado por el asegurador.

III.- Presupuestos: La doctrina más reciente de esta Sala, STS núm. 432/2013, de 12 de junio, destaca que el art. 43 LCS exige tres presupuestos: (i) que el asegurador haya cumplido la obligación de satisfacer al asegurado la indemnización dentro de la cobertura prevista en el contrato, (ii) que exista un crédito de resarcimiento del asegurado frente al tercero causante del daño, de modo que cuando no existe deuda resarcitoria por parte de un tercero no opera la subrogación ( SSTS 14 de julio 2004 , 5 de febrero de 1998 , entre otras); (iii) y la voluntad del asegurador de subrogarse, como un derecho potestativo que puede hacer valer o no, según le convenga, por lo que la subrogación no operaría ipso iure, conforme preveía el Código de Comercio.

**22.-** Conforme a los indicados presupuestos, para que se produzca la subrogación es necesario que exista un contrato de seguro válido y vigente que dé lugar al pago de la indemnización por parte del asegurador y, concretamente, éste es el primer presupuesto establecido por el art. 43 LCS para la existencia de la subrogación. Ahora bien, la prueba de este presupuesto no exige necesariamente que se aporte la póliza del contrato junto con el justificante del pago de la indemnización, sino que debe considerarse a tal efecto bastante la presentación del recibo (finiquito) suscrito por el asegurado en el que se contengan las indicaciones suficientes para determinar el contrato de seguro y el siniestro al que se refiere el pago del asegurador (...).

**23.-** Del examen de la prueba documental obrante en autos así como de las respuestas dadas por escrito por el testigo la compañía ASKO al amparo de lo dispuesto en el art. 381 LEC, este tribunal ratifica las acertadas conclusiones que alcanza el juez *a quo* en su sentencia y es que la compañía Allianz goza de plena legitimación activa para interesar la restitución de las cantidades abonadas a su asegurado en concepto de indemnización por el siniestro ocurrido entre los días 19 a 21 de febrero de 2014, con motivo de pérdida total de la mercancía de GT SRL, al amparo de los arts. 43 y 76 de la LCS.



**24.-** Concretamente, de los documentos 1 y 11 a 15 de la demanda, con sus consiguientes traducciones al español, se observa que en el momento del siniestro, la compañía Trans International Sped NCA SRL tenía suscrito un contrato de seguros con la compañía ALLIANZ para cubrir las posibles incidencias que pudieran surgir durante el transporte de la mercancía por carretera, no siendo parte del mismo ASKO cuya intervención en esta operación no fue más que la de un mero corredor de seguros o intermediario, por la que recibió la correspondiente comisión.

**25.-** Por tanto, cuando ASKO realizó la transferencia bancaria de la indemnización a favor del asegurado, no actuaba en nombre propio sino por cuenta y en cargo de la compañía Allianz, siendo ésta última la que asumió el abono de la indemnización a favor de Trans International Sped NCA SRL, tras reconocer que el siniestro estaba cubierto por la póliza.

Ello concuerda además con lo previsto en el art. 6.2 de la ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados, a cuyo tenor:

*"2. El mediador de seguros se considerará, en todo caso, depositario de las cantidades recibidas de sus clientes en concepto de pago de las primas de seguro, así como de las cantidades entregadas por las entidades aseguradoras en concepto de indemnizaciones o reembolso de las primas destinadas a sus clientes. Es decir, en contra es la compañía de seguros quien paga al asegurador a perjudicad".*

**26.-** Es más, cualquier duda que pudiera existir sobre este particular, quedó completamente despejada por las repuestas que ASKO dio por escrito a las preguntas que le plantearon las partes al respecto, al afirmar que "actuaba en todo momento como corredor de seguros de Allianz y por cuenta de ésta última", en el marco de la póliza de seguro, por lo que, aunque fue ella quien dio la orden de transferencia por importe de 36.305,92 euros, "luego a su vez lo volvió a liquidar con Allianz", (...) "siendo práctica habitual en el sector alemán y austriaco del seguro de transporte que, en caso de pérdida de la mercancía cubierta por el seguro de transporte, el corredor de seguros interviniente realice, por instrucción y por cuenta de la aseguradora de transporte, los pagos correspondientes al transportista asegurado para que éste, a su vez, abone los perjuicios derivados de la pérdida".

**27.-** Por todo lo anteriormente expuesto, rechazamos el primer motivo de oposición planteado en el recurso de apelación relativo a la falta de legitimación activa de Allianz.

#### **QUINTO. Falta de legitimación pasiva de la compañía de seguros Zúrich.**

**28.-** La compañía Allianz reclama también el pago solidario de la cantidad abonada a su asegurado, no sólo contra el transportista sino también contra su compañía de seguros Zúrich, al amparo de lo dispuesto en el art. 76 LCS a cuyo tenor: "El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido".

**29.-** Frente a ello, se alza la compañía de seguros Zúrich alegando falta de legitimación pasiva bajo el argumento de que en el momento de producirse el siniestro, la póliza de seguros que tenía contratada con Dial Impex no estaba en vigor.

**30.-** No es un hecho controvertido y así se desprende también de los documentos 1 a 4 del escrito de contestación a la demanda, que en fecha 7 de junio de 2013, la compañía Dial Impex Spain SL, dentro de su actividad profesional, contrató la póliza de seguro de responsabilidad civil nº 69566701 con Zúrich para cubrir las incidencias que pudieran surgir con motivo del transporte de mercancía por carretera por un periodo de un año. A cambio, el asegurado venía obligado a abonar una prima única, fraccionada en tres pagos: el primero, el día 7 de junio de 2013 por importe 213,20 euros; el segundo, el día 7 de septiembre de 2013 por importe de 212 euros y el tercero, el 7 de diciembre de 2013, por importe de otros 212 euros.

**31.-** De esos tres pagos, el asegurado sólo abonó los dos primeros, dejando sin pagar la tercera fracción.

**32.-** Acto seguido, la compañía de seguros Zúrich le requirió para que procediera a su abono antes del 16 de enero de 2014, con el apercibimiento de que en caso contrario, el contrato "permanecería en situación de suspenso con efectos desde la fecha de su último vencimiento o sería anulado sin efecto en el caso de que se tratara de la primera prima del mismo" (folio 244).

**33.-** Pese al citado requerimiento, la compañía Dial Impex Spain SL no abonó la tercera y última de las fracciones dentro del plazo concedido a tal efecto. Si bien, tras recibir la notificación del siniestro y el



requerimiento de pago de los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la sustracción de la mercancía de GT SRL por parte del transportista designado al efecto por la demandada, Dial Impex Spain SL ingresó la tercera y última fracción de la prima única pactada.

**34.-** Aunque el pago fue inicialmente aceptado por el corredor de seguros quien procedió a tramitar el siniestro, posteriormente, tras recibir la comunicación del siniestro, la compañía Zúrich rechazó el abono de la cuota exonerándose de toda responsabilidad bajo el argumento de que en el momento del siniestro, la póliza estaba anulada por impago.

**35.-** El art. 15 de la Ley 50/80, de 8 de octubre del contrato de seguro ("LCS"), dispone lo siguiente :

*" Si por culpa del tomador la primera prima no ha sido pagada, o la prima única no lo ha sido a su vencimiento, el asegurador tiene derecho a resolver el contrato o a exigir el pago de la prima debida en vía ejecutiva con base en la póliza. Salvo pacto en contrario, si la prima no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación.*

*En caso de falta de pago de una de las primas siguientes, la cobertura del asegurador queda suspendida un mes después del día de su vencimiento. Si el asegurador no reclama el pago dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de la prima se entenderá que el contrato queda extinguido. En cualquier caso, el asegurador, cuando el contrato esté en suspenso, sólo podrá exigir el pago de la prima del período en curso.*

*Si el contrato no hubiere sido resuelto o extinguido conforme a los párrafos anteriores, la cobertura vuelve a tener efecto a las veinticuatro horas del días en que el tomador pagó su prima".*

**36.-** Dicho precepto generó ciertas dudas interpretativas con respecto a las primas únicas con fraccionamiento diferido en el tiempo, si debían subsumirse en el apartado 1 ó 2 del art. 15 LC, lo cual es importante por los distintos efectos que comporta entre las partes y frente a terceros.

**37.-** El TS en su *sentencia de Plenonº 397/2015, de 30 de junio de 2015* , concluyó que producido el impago de una prima sucesiva, comienza el plazo de un mes de gracia y, transcurrido dicho mes, los efectos de la póliza quedarán en suspenso entre las partes hasta que transcurran seis meses desde el vencimiento. A lo que añade que la suspensión de los efectos de la póliza no opera, durante ese plazo de suspensión, frente al tercero perjudicado que ejercite la acción directa vía *art 76 LCS* -, sin perjuicio del derecho de la aseguradora de repetir las cantidades abonadas al tercero perjudicado frente a su asegurado.

**38.-** Esta doctrina fue reiterada en sentencias posteriores como la *STS 472/2015, de 10 de septiembre* , la *sentencia 666/2015, de 9 de diciembre* , en las que aplica el art. 15.2 LC para el supuesto de un impago de segundo fraccionamiento -o ulteriores de una prima única, como es el caso que nos ocupa.

**39.-** Aplicando la anterior jurisprudencia al caso de autos, en la medida en que las partes pactaron el pago de una prima única fraccionada en tres pagos, y habiendo abonado el asegurado los dos primeros, no así el tercero, a partir del vencimiento de éste último, el asegurado tenía el plazo de un mes para regularizar su situación (16 de enero de 2014), cosa que no hizo, quedando automáticamente el contrato de seguro "en suspenso" durante los cinco meses siguiente.

**40.-** Ahora bien, como dice nuestro Alto Tribunal, que el contrato estuviera "suspendido", sólo produce efecto entre las partes contratantes pero no puede oponerse frente a terceros, para quienes el contrato de seguro sigue en vigor, debiendo la compañía de seguros indemnizar de todos aquellos daños y perjuicios que se generen como consecuencia de siniestros cubiertos por la póliza sin perjuicio de su derecho a repetir posteriormente esas cantidades contra el asegurado.

**41.-** Por todo lo anteriormente expuesto, desestimados también este segundo motivo del recurso de apelación.

#### **SEXTO. Falta de acción.**

**42.-** La compañía de seguros Zúrich alega un tercer y último motivo en el recurso de apelación y es que a su entender, la actora carece de acción al amparo de lo dispuesto en el art. 36 del Convenio "**CMR**", pues la demanda se tendría que haber dirigido contra el primer transportista (TFA) que fue quien, en definitiva, sustrajo la mercancía.

**43.-** Concretamente, el citado precepto establece que *"A menos que se trate de una demanda reconventional o de una excepción formulada en una instancia relativa a una demanda basada en el mismo contrato de transporte terrestre, la acción de responsabilidad por pérdida, avería o mora no podrá ser dirigida sino contra el primer transportista o contra el último o contra aquél que ejecutó la parte del transporte en cuyo caso se produjo el hecho que dio lugar a la pérdida, mora o avería. La acción puede dirigirse contra varios transportistas a la vez."*



**44.-** Pues bien, no es controvertido que el fondo de la controversia ha de resolverse de acuerdo con las disposiciones del Convenio internacional relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera de 19 de mayo de 1956 (en adelante, Convenio **CMR**). Ahora bien, como indica la parte actora, el art. 36 antes transcrito no excluye la aplicación de los arts. 3 y 17.1 del Convenio **CMR**, según los cuales:

Art. 3: " *A efectos de aplicación de este Convenio, el transportista responderá de los actos y omisiones de sus empleados y de todas las de otras personas a cuyo servicio recurra para la ejecución del transporte, cuando tales empleados o personas realicen dichos actos y omisiones en el ejercicio de sus funciones.*"

Art. 17.1: " *El transportista es responsable de la pérdida total o parcial o de la avería que se produzca entre el momento de la toma en carga de la mercancía y el de la entrega. Así como del retraso en la entrega.*"

**45.-** Si bien es cierto que el artículo 23 del mismo texto legal establece unos límites a la obligación de indemnizar por parte del transportista, éstos no se aplican, según el art. 29, cuando el daño ha sido causado por dolo o por falta que le sea imputable y que sea equiparada al dolo por la legislación del lugar o cuando medie dolo o culpa de los empleados del transportista o de cualesquiera otras personas a las que el transportista haya recurrido para la realización del transporte, siempre que éstos actúen en el desempeño de sus funciones. En este caso, estas personas o empleados no tendrán derecho a prevalerse, en lo que respecta a su responsabilidad personal, de las disposiciones de este capítulo mencionadas en el párrafo anterior.

**46.-** 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 de 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.

**47.-** En la Sentencia de 30 de enero de 2013 (Roj: SAP B 584/2013) precisábamos que " *tal 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 -RJ1962/1230-), 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).*

**48.-** 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".

**49.-** En el caso de autos, no es un hecho controvertido y así se desprende también de los documentos obrantes en autos, que la compañía Codognotto Italia SPA contrató los servicios de la empresa Trans International para el transporte por carretera de la mercancía de GT SRL, desde Cessalto (Italia) hasta Saint Martín de Crau (Francia) y como ésta, a su vez, subcontrató a Dial Impex para llevar a cabo el transporte. Si bien, ésta última compañía, sin el conocimiento ni autorización de Trans International (pues no está acreditado lo contrario), confió a su vez el transporte al transportista TFA SRL, quien recogió la carga el día y en el lugar contratados a tal efecto. Sin embargo, el transportista efectivo no hizo entrega de la mercancía a su destinatario final, apoderándose de la misma.



50.- Por consiguiente, es evidente que la compañía Allianz sí que dispone de acción contra la compañía de transporte Dial Impex, pues fue a la que contrató Trans Internacional para efectuar el contrato de transporte terrestre, debiendo responder de los daños y perjuicios derivados de la pérdida o sustracción de la mercancía durante el transporte, siendo indiferente a tales efectos si éste lo realizó personal de la propia Dial Impex u otro transportista al que ésta le confió el encargo, pues tanto en un supuesto como en otro, Dial Impex tiene una responsabilidad *in eligendo e in vigilando*, máxime cuando esa subcontratación no era conocida ni mucho menos autorizada por Trans Internacional. Todo ello, sin perjuicio del derecho de Dial Impex y de su compañía de seguros Zúrich, de repetir en su caso las cantidades a cuyo pago han sido condenadas en este procedimiento, frente al porteador efectivo de la mercancía.

51.- Por todo lo anteriormente expuesto, se desestima íntegramente el presente recurso de apelación y se confirma la sentencia de instancia en sus propios fundamentos.

#### **SÉPTIMO. Costas.**

52.- Desestimado el recurso de apelación, procede la condena en costas a la parte recurrente ( art. 398 LEC).

#### **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Zúrich Insurance PLC Sucursal en España contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 6 de Barcelona de fecha 13 de septiembre de 2017, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma en sus propios términos, con expresa condena a la parte recurrente del pago de las costas generadas en esta segunda instancia.

No procede la devolución del depósito.

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. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

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.