



Roj: **SAP M 16235/2018 - ECLI:ES:APM:2018:16235**

Id Cendoj: **28079370282018100485**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **23/11/2018**

Nº de Recurso: **233/2017**

Nº de Resolución: **634/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.47.2-2013/0001832

Recurso de Apelación 233/2017

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 05 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 161/2013

APELANTE: SCHENKER ESPAÑA, S.A.

PROCURADOR: D. GERARDO TEJEDOR VILAR

LETRADA: DÑA. ALICIA VELASCO NATES

APELADO E IMPUGNANTE: VERDE VELENO SL

PROCURADORA: Dña. VICTORIA PÉREZ-MULET DÍEZ-PICAZO

LETRADO: MIGUEL M. MASCARÓS MATEOS

SENTENCIA Nº 634/2018

En Madrid, a 23 de noviembre de 2018.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en lo mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Gregorio Plaza González y D. Enrique García García, ha visto el recurso de apelación, bajo el número de rollo 233/2017, que dimana del procedimiento nº 161/2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid, relativo a acciones en materia de transporte.

Han sido partes en la segunda instancia, como apelante, SCHENKER ESPAÑA SA, representada por el procurador D. GERARDO TEJEDOR VILAR y defendida por la letrada Dña. ALICIA VELASCO NATES y como apelado/impugnante, VERDEVELENO SL, representada por la procuradora D^a. MARÍA VICTORIA PÉREZ.MULET Y DÍEZ-PICAZO y defendida por el letrado D. MIGUEL M. MASCARÓN MATEOS.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique García García, que expresa el parecer del tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 26 de febrero de 2013 por la representación de VERDEVELENO SL contra SCHENKER ESPAÑA SA, en la que, tras exponer



los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba:

" **SUPLICO AL JUZGADO** que, teniendo por presentado este escrito, junto con sus copias y documentos unidos, se sirva admitirlo, tenerme por personado y parte en el presente litigio en la representación que ostento y dejo acreditada de **VERDEVELENO S.L.**, por formulada **DEMANDA**, acordando su tramitación por las normas establecidas para el juicio ordinario, instado contra la mercantil **SCHENKER ESPAÑA S.A.**, dándole traslado de la demanda con entrega de copia al efecto presentada, emplazándole para que la conteste en el plazo legal y, previos los trámites de pertinente aplicación, dictar sentencia en su día por la que, estimando la demanda, **se condene a la entidad mercantil demandada al pago de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a mi representada con motivo del incumplimiento de sus obligaciones contractuales**, cuyo importe se estima en la cantidad de **CUATROCIENTOS VEINTISIETE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y TRES EUROS CON NOVENTA Y CINCO CÉNTIMOS (427.633,95 €)**, todo ello sin perjuicio de la cantidad que en definitiva pueda deducirse y se acredite a raíz de la prueba que se practique en el presente procedimiento, más los intereses legales devengados desde su reclamación y los que se devenguen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con expresa imposición de las costas del presente procedimiento"

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid dictó sentencia, con fecha 21 de marzo de 2016, cuyo fallo es del siguiente tenor:

*"ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de VERDEVELENO, S.L., contra SCHENKER ESPAÑA, S.A. y CONDENAR a SCHENKER ESPAÑA, S.A. al pago de la indemnización de **DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS EUROS CON SETENTA Y DOS CÉNTIMOS DE EURO (296,72 €)**, por incumplimiento del contrato de transporte, devengando dicha cantidad el interés legal del dinero desde la fecha del requerimiento extrajudicial (31/3/11) hasta el completo pago del principal, incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución, debiendo satisfacer cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".*

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de SCHENKER ESPAÑA SA se interpuso recurso de apelación que fue admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma. A su vez, la contraparte, VERDEVELENO SL, al presentar su oposición al recurso, planteó impugnación de la sentencia, de la que se dio traslado a la apelante.

Recibidos los autos en la oficina de reparto de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 10 de marzo de 2017, fueron turnados a la sección 28ª, donde se procedió a la formación del rollo de apelación que se ha seguido con arreglo a los trámites procedentes para los procedimientos de su clase.

La sesión para la deliberación sobre este recurso se celebró, respetando el turno preestablecido, con fecha 22 de noviembre de 2018.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- VERDEVELENO SL, que es una entidad que se dedica al tratamiento, curtido y diseño de pieles de animales exóticos, con destino a su posterior venta a empresas de costura o de artículos de lujo, ha mantenido en el pasado, con cierta asiduidad, relaciones comerciales con la entidad SCHENKER ESPAÑA SA, que es una sociedad dedicada al transporte y a la operativa logística. Las diferencias que se han suscitado entre ellas y que motivaron el inicio del litigio que aquí nos ocupa se refiere a las incidencias surgidas en tres operaciones concretas: 1º) el retraso en el viaje de regreso a España de unas mercancías cuyo transporte, de ida y vuelta, encargó VERDEVELENO SL a SCHENKER ESPAÑA SA con la finalidad de exponerlas en la feria "Trend Selection New York" a primeros de septiembre de 2010, lo que motivó la queja de la primera porque no las recuperó hasta el 22 de octubre, cuando tenía previsto haberlas vuelto a exponer del 15 al 18 de ese mes en Bolonia, por lo que considera que tiene derecho a que le pague el perjuicio ocasionado, que cifra en el coste del muestrario alternativo que tuvo que elaborar para ello (15.625 euros); 2º) la falta de entrega de la mercancía, a causa del extravío por el transportista de la documentación adjunta a ella (CITES de exportación/importación por tratarse de productos referentes a fauna protegida), de la partida enviada el 10 de diciembre de 2010 con destino al cliente Sonsoles, lo que motivó que fuera retenida, a su llegada al aeropuerto de Nueva York, por las autoridades, decomisada y finalmente no recuperada, por lo que se reclama su valor (6.733 USD, equivalentes a 5.178,83 euros); y 3º) la nueva falta de entrega de la mercancía remitida el 9 de febrero de 2011 para la participación en la edición de ese mes de la feria "Trend Selection New York", la cual fue retenida por las autoridades americanas en el aeropuerto de esta ciudad por considerar insuficiente la documentación aportada para permitir su importación a este país, con lo que fue decomisada y nunca llegó a destino; su entrega debería haberse producido en las instalaciones del hotel donde VERDEVELENO SL tenía

alojado al personal que iba a participar en ese evento; esta última reclama los daños y perjuicios que imputa a la imposibilidad de participar, según el modo en el que lo tenía previsto, en esa feria, que valora en 406.830,12 euros.

VERDEVELENO SL alegaba que SCHENKER ESPAÑA SA, como organizadora de esos transportes, que lo eran multimodales e internacionales, debía asumir su responsabilidad por el mal resultado de los mismos (que cuantificaba en la suma de las tres partidas antes mencionadas), invocando en su demanda tanto el Convenio de las Naciones Unidas sobre transporte multimodal internacional de mercancías adoptado el 24 de mayo de 1980 por la Conferencia de Ginebra, como la condición de comisionista de transporte de la demandada y la relación de arrendamiento de servicios que considera que podía predicarse en su vinculación contractual.

Por su parte, SCHENKER ESPAÑA SA entendía, como expuso en su contestación a la demanda, que lo aplicable al caso sería el Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas relativas el transporte aéreo internacional, de 28 de mayo de 1999, por tratarse de una reclamación relacionada con consecuencias derivadas de ese medio de transporte y que con arreglo a esa normativa estaría caducado el derecho a reclamar por las dos primeras incidencias y que, con relación a la tercera, además de negar que se hubieran producido los perjuicios mentados por la actora, estaría exenta de responsabilidad por la retención de la mercancía por parte de la autoridad norteamericana. Alegaba, en su defecto, la necesaria aplicación de los límites procedentes a la indemnización en materia de transporte.

El juez de lo mercantil, tras apreciar que lo que mediaba en este caso era una relación propia del transporte multimodal internacional y que lo aplicable era la normativa del transporte aéreo internacional, por haberse producido en esa fase del transporte el hecho determinante de la responsabilidad, entendió que el derecho a reclamar por el primer y el segundo envío estaba caducado con arreglo al plazo previsto en el artículo 35 del Convenio de Montreal, ya que la demanda fue presentada el 26 de febrero de 2013, más de dos años después de los respectivos acontecimientos de los que deriva la exigencia de responsabilidad (que sitúa temporalmente en octubre y diciembre de 2010). En cambio, acogió la reclamación referente al tercer envío, que no encallaba en esa misma exigencia temporal, por lo que impuso a SCHENKER la obligación de responsabilizarse de las consecuencias de la pérdida de la mercancía, ya que entendía que no habría realizado, en su opinión, todas las gestiones adecuadas ante la aduana estadounidense para lograr que las pieles por ella transportadas salieran del aeropuerto. No obstante, moderó la condena que imponía a la demandada, al considerar que conforme a los límites cuantitativos impuestos por el Convenio de Montreal sólo tendría que indemnizar a la actora en 283 derechos especiales de giro, que resultaban de aplicar las previsiones de esa norma internacional a los 17 kilogramos de peso de la carga de ese tercer envío; obtenía así la cantidad de 296,72 euros, a la que se aplicaría el interés legal devengado desde el requerimiento extrajudicial de pago efectuado por la demandante a la demandada.

La entidad SCHENKER ESPAÑA SA ha apelado esta decisión judicial, pretendiendo la íntegra desestimación de la demanda. La apelante rechaza por improcedente que el juez mencionase en el texto de su sentencia la posibilidad de que quedase abierta la vía civil para efectuar una reclamación por daños y perjuicios fundada en una relación de arrendamiento de servicios. Asimismo, entiende que el juez cometió una infracción procesal al permitir un cambio de demanda, pues se demostró en el proceso que la actora sí pudo participar en la feria de Nueva York de 2011, con lo que no se le debió permitir que luego dijera que lo tuvo que hacer con productos de otra temporada, cuando lo que habría aducido al inicio fue la imposibilidad de concurrir a ella. Además, considera infringidos por el juzgador una pluralidad de preceptos del Convenio de Montreal (artículos 10, 11, 16, 18, 20 y 22), ya que entiende, en definitiva, que en el tercer envío se produjo un decomiso por la autoridad estadounidense, por lo que quedaría exonerada de responsabilidad la transportista, que no era la responsable de la corrección de la documentación que le facilitó la remitente para la mercancía que transportaba. Asimismo alega que la cuantía de la indemnización nunca debería rebasar el valor en factura carga y que no podría superarse en casos como éste, de transportes de carga, el límite señalado en el convenio. Añade a ello su discrepancia con la condena al pago de intereses, ante la discrepancia entre la cantidad reclamada y la concedida, y pide la condena en costas para la actora.

Por su parte, la entidad VERDEVELENO SL ha aprovechado el trámite de oposición al recurso de la contraria para hacer valer, a su vez, el suyo, por vía de impugnación de sentencia, con la finalidad de conseguir la íntegra estimación de su demanda. También se queja de que el juez pudiera estar dejando abierta la vía para reclamar ante el Juez de Primera Instancia sin haberse declarado incompetente en relación con un vínculo derivado de contrato de arrendamiento de servicios. Alega, además, que de calificarse la relación de ese modo ya no cabría apreciar caducidad para el primer y segundo envío. También aduce, alternativamente, que, de mantenerse la consideración del vínculo inter partes como el correspondiente al transporte multimodal, no habría que aplicar el Convenio de Montreal, sino el C. Civil o la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías; porque entiende que el primero de los incidentes tendría su causa en un



hecho anterior al inicio del viaje aéreo, cual habría sido no obtener la documentación precisa antes del regreso a España; en el caso del segundo, el hecho determinante de la responsabilidad sería posterior al transporte aéreo, ya que, habiéndola llevado por avión hasta allí, consistiría en la necesidad de efectuar la gestión para conseguir la documentación precisa para la entrada de la mercancía en Estados Unidos; y en el tercero de los viajes, el problema sería también posterior al traslado aéreo de la mercancía hasta los Estados Unidos, al no cumplirse las formalidades requeridas para la entrada de la mercancía en ese país. Aduce, asimismo, que en su opinión no debieron aplicarse los límites cuantitativos en el caso de la responsabilidad apreciada en el tercer envío, porque eso supondría aplicar una condición general de la contratación que no cumpliría los requisitos de incorporación de la Ley 7/1988 de CGC (artículo 5) y contravendría las previsiones de la Ley 15/2009 del contrato de transporte terrestre de mercancías (artículo 46).

Vamos a proceder al análisis, en la medida de lo que resulte preciso, de los alegatos de ambas partes. Eso exige referirnos, en primer lugar, a las alegaciones de ambas que afectan a problemática de índole puramente procesal. Rebasado ese estadio abordaremos ya el estudio del fondo del asunto, para lo que deberá tenerse presente que una eventual estimación del recurso de la parte demandada, que conllevara la desestimación de la demanda, implicaría la automática desestimación, sin necesidad de consideraciones adicionales, del de la contraparte, puesto que con éste se perseguía ampliar el alcance con el que se acogió la demanda en la primera instancia. Sólo si el primero no prosperase tendría sentido plantearse la prosperabilidad de las pretensiones planteadas vía impugnación de sentencia por la parte actora.

SEGUNDO.- En lo que respecta a si ha quedado abierta la posibilidad de suscitar una reclamación sobre esta materia ante los juzgados civiles, este tribunal considera que la resolución dictada en la primera instancia contiene, en efecto, una aparente contradicción, en su fundamentación, que no en su fallo. Sin embargo, ello no constituye sino una desmesura verbal, que carece de influencia en los efectos jurídicos que emanan de la sentencia. Porque éstos los fija la ley (artículos 222 y 400 de la LEC) y no el juzgador, que, además, ni tan siquiera traslada a la parte dispositiva de su resolución ninguna acotación a su alcance.

En primer lugar, el juez se declaró competente durante la tramitación del procedimiento, mediante una resolución explícita, para la resolución del litigio por referirse a un contrato de transporte (ya se considerase multimodal o aéreo, según se precisó luego en la audiencia previa) y esta decisión, que no fue recurrida por ninguna de las partes, vincula a éstas y al propio juzgador, que ya no podía resolver luego en contra de lo que estaba procesalmente zanjado. Una vez que se había considerado competente para la resolución del litigio no cabía que pudiera, con posterioridad, sostenerse lo contrario. Y, de hecho, pese a la manifestación, un tanto incoherente, que se efectúa en el seno de la motivación de la sentencia, en ningún momento llega a dictarse una resolución cuya parte dispositiva contradiga la asunción de competencia, con todas las consecuencias a ello inherentes.

En segundo término, el juez, porque ello era materia de polémica inter partes y le correspondía solventar esa diferencia de criterios, calificó la relación jurídica objeto de litigio como sujeta a la normativa de transporte, la enjuició seguidamente, con todas sus consecuencias, con arreglo a ese régimen, y falló, finalmente, el litigio en todos sus aspectos, sin dejar nada imprejuizado. Por lo tanto, no han quedado pendientes aspectos precisados de nueva resolución judicial en otro marco procesal tras la decisión ya adoptada. El transporte culmina con la entrega de la mercancía al destinatario, con lo que las incidencias producidas antes de la entrega y cuáles fueran sus consecuencias quedarían comprendidas en el ámbito de responsabilidad propio de ese tipo de contratación. La entidad demandada SCHENKER ESPAÑA SA, en la medida en que recibió el encargo de la actora de organizar y efectuar el traslado de unas mercancías entre España y Estados Unidos, ocupa la figura de transportista contractual (con independencia de que subcontratase, luego, una o varias fases para la realización material del transporte) y queda sujeta a la responsabilidad que legalmente le sea exigible en tal condición. El que se hubieran ido produciendo sucesivos encargos en el tiempo, que generaron distintos viajes, no desvirtúa la condición que estamos asignando a la demanda ni la calificación jurídica de la relación. En definitiva, resultaba correcto que el juez atendiese a la normativa reguladora del transporte y efectuase el enjuiciamiento del debate con arreglo a ella, lo cual zanja, definitivamente, la solución del conflicto.

En último término, ninguna de las partes puede soslayar, le beneficie o le perjudique, la aplicación de una normativa específica que sea la reguladora de la relación jurídica objeto de litigio. Si lo contratado entre las partes cae, como ocurre en este caso, bajo el ámbito de la regulación propia del transporte internacional, la normativa civil de carácter general (la del arrendamiento de servicios a la que llegó a referirse la actora), y propia además del Derecho interno, queda desplazada y no resulta de aplicación al caso, salvo en la medida en que la norma especial se remitiera a ella. Se conjuga en este caso la operativa de dos principios jurídicos que no deben ser perdidos de vista. El principio de jerarquía normativa, que conlleva que lo regulado en un tratado internacional tiene el rango y la fuerza que le reconocen el artículo 96 de la Constitución y el artículo 1.5 del C Civil ("lex superior"). Por otro lado, complementándolo, el principio de especialidad normativa (enunciado en



el brocardo "lex specialis derogat legi generali"), que ha sido calificado por la jurisprudencia como principio general del Derecho (artículo 1.4 del C. Civil), el cual implica que la norma especial prevalece sobre la general. La ley general tampoco se aplicará supletoriamente a lo que cae bajo la órbita de una ley especial, cuando se entiende que ésta regula de modo suficiente lo que es objeto de debate (sentencia del TC 80/2002, de 8 abril).

TERCERO.- Consideramos que la infracción procesal que se denuncia en el recurso de la parte demandada, por permisividad de un cambio de demanda, no ha sido tolerada por el juez de lo mercantil. La atenta lectura de la demanda desvela que de lo que se quejaba la parte actora era de la imposibilidad de presentar en la edición de la feria de Nueva York de febrero de 2011 el muestrario de mercancía que era objeto de envío a través de la actora. Así lo deducimos del tenor de los alegatos vertidos en el folio nº 6 de la demanda (folio nº 7, vuelto, de los autos). La actora explicaba que los perjuicios derivaban para ella de no haber podido presentar ante sus clientes americanos lo que tenía previsto como resultado de sus esfuerzos empresariales en producción, diseño, etc. Lo que ocurre es que la parte demandada interpretó, al elaborar su contestación a la demanda, que lo que la contraparte estaba alegando es que no pudo participar, de ningún modo, en el mencionado evento y aportó pruebas, entre ellas la fotográfica incorporada a un informe emitido por la Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España, para demostrar que sí estuvo presente en un stand de la feria. Ello motivó la reacción de la demandante, a raíz de la audiencia previa, donde insistió en que su reclamación se fundaba a la imposibilidad de presentar ante su clientela americana el muestrario que había preparado y enviado específicamente para ello (en función de su estrategia, tendencias de moda, etc.), sin perjuicio de que rellenara el stand con material correspondiente a otra temporada, que proporcionó un cliente estadounidense de su propio stock, para evitar una situación de vacío en la mentada exposición, lo cual justificó acompañando la documentación correspondiente.

No se cometió una infracción por cambio de demanda, que resultaría de ignorarse el mandato del artículo 412 de la LEC, que es lo que en definitiva pretende hacernos ver la recurrente, ya que el nº 2 de este precepto legal deja a salvo lo que pudiera venir al proceso por vía de alegaciones complementarias. Éstas son admisibles en sede del procedimiento civil siempre que, como se prevé en el artículo 426 de la LEC, no se alteren sustancialmente las pretensiones de las partes, ni el fundamento de éstas, o solamente se rectifiquen aspectos secundarios o meramente accesorios, sin que se ponga en riesgo el derecho de defensa.

En el caso que nos ocupa no se alteraron ni las pretensiones de la parte actora ni tampoco su fundamento. Simplemente se precisó un aspecto fáctico que la demandada interpretaba de forma diferente a como lo hacía la actora, tal vez, no lo discutimos, porque los términos de la redacción de la demanda eran compatibles con tal entendimiento. Pero también podía cohonestarse con ellos una aclaración como la brindada por la actora. Nada de esto ha interferido en las posibilidades de defensa de la contraparte, que consideramos que han sido plenas, sin que este asunto le haya impedido rebatir, en la medida en que lo ha considerado preciso, la pretensión indemnizatoria de la demandante en todos sus múltiples aspectos susceptibles de debate.

Por esas mismas razones, carece de sentido reprochar al juzgador la comisión de una infracción procesal al principio de congruencia (artículo 218.1 de la LEC) que debe respetar toda resolución judicial, como pretende la apelante, ya que no se incurrió en ella en ninguna de sus posibles manifestaciones. Ni en su sentencia se otorga más de lo pedido ("ultra petitem"), ni se concede algo distinto de ello ("extra petitem"), ni tampoco se omite pronunciamiento alguno ("infra o citra petitem"). La jurisprudencia (sentencias de la Sala 1ª del TS de 27 de marzo y 15 de diciembre de 2003 y en la de 14 de marzo de 2005, entre otras) señala que " *La congruencia (...) consiste en la correspondencia o adecuación del fallo (...) con el "petitem" de la demanda en relación con la "causa petendi" de la misma*" (constituida esta última por el conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora, tal como aparecen formulados en la demanda) . En similares términos se pronuncian las sentencias de la Sala 1ª del TS de 25 de septiembre, 28 de noviembre y 8 de octubre de 2003, 7 de noviembre de 2007, 14 de mayo de 2008 y 30 de marzo de 2010. Pues bien, no se cometió tal deficiencia en la resolución apelada.

CUARTO.- Este tribunal considera que el régimen jurídico por el que debe enjuiciarse este asunto es el derivado del Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas relativas el transporte aéreo internacional, de 28 de mayo de 1999 (que entró en vigor en España el 28 de junio de 2004), ya que los hechos motivadores de la exigencia de responsabilidad están comprendidos en esa normativa. Lo que ocurre es que la remisión a ella como la propicia para dirimir la contienda es fruto de una tarea jurídica compleja.

La relación jurídica merece ser calificada, como lo hace la resolución apelada, dentro de un concepto más amplio, cual es la del transporte multimodal internacional. Porque esa es la calificación jurídica que corresponde a aquella operación en la que intervienen varios modos de desplazamiento, pero un solo sujeto que se obliga en su propio nombre y por cuenta propia a obtener el resultado pretendido, es decir, el transporte de las mercancías desde el punto de partida hasta su destino. Es irrelevante que el operador se limitase a organizar el transporte y delegase su realización en porteadores a los que contrata o que lo ejecutase por



sí, pues, aun así, responde de todas las personas a cuyos servicios recurriese. Así lo entiende también la jurisprudencia (sentencia de la Sala 1ª del TS de 16 de julio de 2008, al considerar que: "*Como precisó el Tribunal de apelación, la demandada no se había obligado a concertar un contrato de transporte multimodal por cuenta de la demandante, sino - como porteadora contractual - a trasladar las mercancías desde la provincia de Orense hasta el puerto rumano de destino, aunque se sirviera para ello de otros porteadores efectivos. En consecuencia, la relación jurídica que vinculaba a las litigantes era la propia de un contrato de transporte multimodal internacional*"). También en nuestro Derecho interno el comisionista de transportes que, a cambio de precio, promete el transporte y se responsabiliza de la operación (en la jurisprudencia podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1991, entre otras) es un verdadero porteador contractual (sea o no el efectivo).

Que estamos ante actuaciones de transporte multimodal lo extraemos con claridad, sobre todo, de la primera y de la tercera de las operaciones objeto de litigio, que implicaban el transporte de mercancía con destino a su exposición en ferias que se celebraban en Nueva York, y su posterior retorno a España, y que conllevaban la entrega del material en las instalaciones designadas por el cliente. El porte no sólo comprendía el traslado de las mercancías en avión, desde Valencia al aeropuerto de Nueva York, sino el posterior envío por vía terrestre hasta el punto designado. La documentación incorporada a los autos evidencia que en el primer caso el punto de entrega y luego recogida para el viaje de regreso a España era el propio lugar de la feria y que en el tercer caso mediaron instrucciones explícitas del remitente para su entrega en determinado hotel de Nueva York donde se alojaba el personal de VERDEVELENO SL desplazado a la feria (folio nº 45 de autos- correo electrónico del Sr. Joaquín). No cabe duda de que se tenían que emplear diversas modalidades de transporte (aéreo y terrestre) para poder cumplir el encargo recibido por el transportista.

No obstante, ante la ausencia de norma internacional que sea aplicable a esa clase de transporte en su conjunto (existe el Convenio de las Naciones Unidas sobre transporte multimodal internacional de mercancías -Convenio TMI- adoptado el 24 de mayo de 1980 por la Conferencia de Ginebra, pero carece de vigencia), este tribunal se ha venido inclinando por la aplicación del sistema de red -"network liability system"- que parte de aplicar el régimen de responsabilidad que corresponda a la fase del transporte en la que se produce el hecho desencadenante de la responsabilidad (sentencias de la sección 28ª de la AP de Madrid de 26 de octubre de 2006, 10 de enero, 3 de abril de 2008, 22 de junio de 2012 y de 28 de septiembre de 2012, entre otras). La dificultad de establecer un régimen común ante la falta de normativa específica y la posible localización del daño hacen aconsejable aplicar el régimen de responsabilidad correspondiente a la fase del transporte en la que se produce el hecho determinante de la supuesta responsabilidad. Este criterio es además el que puede entenderse adoptado en las sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2001 y de 16 de julio de 2008.

Este criterio de fragmentación de la legislación aplicable se ve reforzado por la vocación que manifiestan los Convenios internacionales a su aplicación en lo pertinente a los tramos de un transporte combinado, como se evidencia en el artículo 31 del Convenio de Varsovia, el artículo 38 del Convenio de Montreal, el artículo 48 del COTIF/CIM, el artículo 2 del CMR o incluso en el propio artículo 30.4 del Convenio TMI. También nuestro legislador sigue esta línea en cuanto a la regulación del contrato de transporte multimodal, y lo citamos por lo tanto a modo de ejemplo, en la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, al disponer, en su artículo 69.1, 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*" y lo define como "*celebrado por el cargador y el porteador para trasladar mercancías por más de un modo de transporte...con independencia del número de porteadores que intervengan en su ejecución*".

En el caso del primer y tercer viaje, que había un traslado en avión y una posterior fase terrestre, tendremos que atender a la normativa propia del transporte aéreo internacional si el hecho determinante de la responsabilidad estaba relacionado con éste. En el caso del segundo viaje, no está tan claro si tras el envío por avión y llegada al aeropuerto había luego una fase terrestre a cargo de la demandada. De serlo así estaríamos en el mismo régimen jurídico del primero y del tercero y de lo contrario la consecuencia vendría a ser la misma, porque, a los efectos que aquí nos interesan, ante un envío por avión Madrid- Nueva York, seguiríamos atendiendo a lo que marca el Convenio de Montreal sobre la responsabilidad del transportista aéreo.

La parte apelante se muestra, en cualquier caso, convencida de que pese a ello no deberían invocarse las previsiones del Convenio de Montreal, porque la incidencia en la mercancía no se habría producido, en su opinión, durante la realización del transporte aéreo sino en un momento anterior o posterior a éste, según el caso. Pero su planteamiento no es el correcto, porque nos encontramos, a los efectos que aquí nos ocupan, ante mercancías transportadas a través de vuelo internacional efectuado entre dos puntos de inicio y destino correspondientes a dos Estados Partes (España y Estados Unidos de Norteamérica) del Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, de 28 de mayo de 1999 (que



entró en vigor en España el 28 de junio de 2004), por lo que resulta de incuestionable aplicación esa normativa para exigir responsabilidad al transportista contractual (artículos 39 del CM). Como ya tuvimos oportunidad de explicar en la sentencia de esta sección 28 de la AP de Madrid 24 de mayo de 2013, que es además conocida por las partes, la aplicación del régimen legal del Convenio de Montreal no se circunscribe al período en el que la carga se encontrase a bordo en la aeronave, sino que se extiende también al tiempo durante el cual las mercancías se hallasen bajo la custodia del transportista (así lo dispone el artículo 18 nº 3 del citado CM), incluyendo las operaciones de ejecución del contrato de transporte aéreo para fines de carga, entrega o transbordo (artículo 18 nº 4 del referido CM). En este litigio las incidencias que motivan la demanda se producen, en el primero de los viajes que aquí nos ocupan, con ocasión del retraso en el envío por avión de las mercancías (que se hace con mes y medio de tardanza sobre lo previsto), lo que incumbiría, sin duda alguna, al marco propio de la responsabilidad del transportista aéreo; y en el segundo y el tercero de los viajes, los problemas se suscitan cuando las mercancías están ya en las instalaciones del aeropuerto, pero bajo la custodia del transportista aéreo, pues la traba surge para completar los trámites sanitarios y aduaneros pertinentes que impidieron mover de allí la mercancía, que acabaría decomisada y luego definitivamente perdida para el cargador. Resultan aplicables, sin duda, las previsiones normativas del mencionado acuerdo internacional.

QUINTO.- La precedente calificación jurídica arroja una primera conclusión. Ya que resulta aplicable para enjuiciar este caso el Convenio de Montreal y la parte apelante no ha cuestionado en su recurso el modo en el que ha aplicado el juez de la primera instancia el artículo 35.1 de ese acuerdo internacional en lo que atañe a la exigencia de responsabilidad derivada de los dos primeros transportes objeto de litigio (incidencias de octubre y diciembre de 2010), este tribunal no puede sino respetar el modo en el que las eventuales consecuencias dañosas derivadas de éstos han sido enjuiciadas. La responsabilidad exigible al transportista con arreglo al régimen previsto en el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999, está sujeta a la necesidad de que el derecho que esa normativa confiere sea ejercitado en un determinado plazo (en concreto, dos años, según el artículo 35 de dicha norma internacional). Si ese precepto legal, como todo el cuerpo normativo de ese acuerdo internacional, resulta aplicable para el enjuiciamiento del litigio, y además el juez ha explicado, en función de las circunstancias del caso, que el transcurso del referido plazo habría resultado fatal para la acción ejercitada, ya que la parte apelante, como aquí ocurre, no nos proporciona alegatos que pongan de manifiesto que esa apreciación haya podido ser errada, ni que el precepto legal haya sido incorrectamente interpretado, no debemos sino limitarnos a mantener lo decidido, al respecto, en la primera instancia (caducidad de esas reclamaciones). Lo cual nos lleva a centrar nuestros esfuerzos en el análisis de las consecuencias jurídicas que para el transportista contractual pudieran derivarse del tercer transporte (febrero de 2011), pues el derecho a ejercitar las acciones de reclamación de responsabilidad correspondientes a éste sería, a diferencia de los dos precedentes, el único no perjudicado por el transcurso del tiempo sin haber sido judicialmente ejercitado en plazo.

SEXTO.- El tercero de los incidentes es el correspondiente a los daños y perjuicios que la demandante reclama por el hecho de que la mercancía, cuyo envío desde España a los Estados Unidos encargó a la demandada, no llegara a ser finalmente entregada, ya que se presentaron problemas de documentación en las instalaciones del aeropuerto americano que conllevaron que fuera allí retenida en febrero de 2011 y no llegase nunca a destino.

Las partes han presentado en juicio los testimonios de sus respectivos empleados o colaboradores (D^a. Carmela, D. Moises, D. Obdulio, D. Paulino, D. Prudencio, D. Ricardo, del lado de VERDEVELO SL, y D. Rosendo, D^a. Eulalia, D. Silvio, D. Urbano, D. Victorio y D. Jose Ángel, del lado de SCHENKEN ESPAÑA SA), lo que provocó, junto a las explicaciones del perito economista y auditor Sr. Alexis, dos sesiones de lo que resultó una larguísima vista oral. La paciente revisión del acta audiovisual, al margen de permitir conocer algunos detalles de su trabajo que desafortunadamente no han resultado demasiado útiles para contribuir al esclarecimiento del objeto de la contienda, de poco más ha servido que, en muy resumidos términos, para constatar que, según el punto de vista de los que están en cada una de las empresas implicadas, la falta de profesionalidad habría que buscarla en el otro bando, porque, al parecer, en el seno de cada una de las litigantes se cumplía con presteza su respectivo cometido y era la otra parte la que resultaba más difícil de complacer o de más dificultoso trato. En ese trance, el juez de la primera instancia se inclinó, finalmente, por estimar que la demandada SCHENKER no habría realizado, en su opinión, todas las gestiones adecuadas ante la aduana estadounidense para lograr que las pieles salieran del aeropuerto, por lo que optó por imputarle responsabilidad. Este tribunal no comparte esta apreciación, por las razones jurídicas que vamos a exponer, además de que nos llama singularmente la atención el que no se precisase qué es lo que en concreto podría haber hecho mal la entidad demandada, resultando un tanto difuso el culparle, como se dice en la resolución apelada, por no haber sido capaz de solucionar los problemas que se plantearon ante las autoridades americanas.



Tras el estudio de las comunicaciones que los representantes y empleados de las empresas litigantes se intercambiaron entre sí en esas fechas, y nos referimos a las correspondientes al mes de febrero de 2011, haciendo expurgo de lo referido al segundo de los viajes, es decir, el que implicaba al cliente Sonsoles, que nada tiene que ver con el tercero que tenía por objeto la exposición en la nueva edición ferial (aunque estuviese viva entonces la polémica por el incidente previo), además del análisis de la documentación administrativa que obra en autos, este tribunal sólo puede alcanzar una conclusión. Las mercancías que fueron remitidas en este tercer viaje (pieles de caimán, de diversas clases de serpiente y patas de avestruz) no pasaron el filtro que impone el organismo administrativo Fish & Wild de los Estados Unidos de Norteamérica que estimó que la documentación que acompañaba a la carga, por tratarse de especies protegidas, era insuficiente para admitir su importación a ese país. No se trata, como en el caso del viaje precedente, de que se pudiera haber extraviado documentación por el transportista, sino que éste se ocupó de que se hiciese llegar a las autoridades americanas la que, a su vez, le había proporcionado la remitente, VERDEVELENO SL, lo que ocurre es que eso no bastó para superar las exigencias administrativas estadounidenses. A partir de ahí se produjeron comunicaciones escritas por correo electrónico entre la transportista y la remitente, donde se le daba cuenta de lo ocurrido y se trasladaban a ésta las exigencias de las autoridades americanas. El que VERDEVELENO SL pueda discrepar del criterio de aquéllas no es motivo suficiente para que responsabilicemos a la transportista, SCHENKER, de falta de diligencia en el desempeño de su misión. La función de ésta era el transporte de las mercancías y proporcionar su colaboración para que la misma pasase por los trámites sanitarios y aduaneros del país de destino. Pero no era la responsable de dotar a la mercancía de toda la documentación sanitaria precisa para su entrada en un país **extranjero**, lo cual incumbe conseguir a la cargadora o a la destinataria (que en este caso coincidían en el mismo sujeto, ya que la mercancía no viajaba para su venta sino para su exposición con fines a la captación de clientela).

El tenor de las misivas nos pone de manifiesto que en SCHENKER no se desinteresaron del asunto, sino que llegaron hasta donde les fue posible ante las reticencias, fueran justas o incurrieran en exceso de celo, emitidas por parte de las autoridades estadounidenses, que incluso llegaron a cuestionar que la transportista pudiera gestionar este asunto (le pedían un poder para actuar por la remitente) y que desconfiaron de las discrepancias entre los documentos CITES que acompañaban a la mercancía y el contenido de la factura donde se reseñaba en qué consistía ésta, aunque la demandante considere que eran diferencias que tenían explicación.

El artículo 18 del Convenio de Montreal establece una exoneración de responsabilidad del transportista por la pérdida de la carga (lo que finalmente ocurrió tras su incautación por las autoridades) cuando ello se debiera a "*un acto de la autoridad pública ejecutado en relación con la entrada, la salida o el tránsito de la carga*" (apartado número 2, letra d, del referido precepto). Consideramos que esta norma ampara la absolución de la entidad demandada, SCHENKER, ya que fue, precisamente, la prohibición de la autoridad sanitaria estadounidense la que no le dejó sacar la mercancía del aeropuerto. No apreciamos motivos de suficiente peso, si la transportista presentó la documentación que le proporcionó la actora, lo que, dado el tenor de las misivas incorporadas a los autos, no vemos motivos para poner en entredicho (porque en ello no influye la posible mala praxis que podría haberse admitido en otro incidente precedente), para que tenga que ser responsabilizada de la incautación y posterior pérdida de ese material a manos de la autoridad americana. Lo que no consideramos jurídicamente defendible es que tenga que ser responsabilizada por el criterio riguroso que haya podido mostrar el organismo competente al examinar la documentación o por la falta de éxito o incluso de exhaustividad de las gestiones posteriores para tratar de salvar un obstáculo administrativo como ese, cuya génesis no le era, en este caso concreto, en absoluto imputable.

SÉPTIMO.- Nuestras precedentes consideraciones conllevan que tengamos que estimar el recurso planteado por SCHENKER ESPAÑA SA, pues la demanda no merecía ser parcialmente estimada, como se decidió en la primera instancia, sino completamente rechazada. A su vez, como consecuencia de ello, tenemos que desestimar el recurso que, por vía de impugnación de sentencia, ha presentado VERDEVELENO SL ya que con él perseguía que su demanda prosperase por completo.

En consonancia con esas decisiones debemos efectuar los correspondientes pronunciamientos de costas: 1º) las de la primera instancia hemos de imponerlas a la parte actora, siguiendo el principio del vencimiento objetivo que recoge el nº 1 del artículo 394 de la LEC; y 2º) las de la segunda instancia deben ser discernidas según cada caso; para las consecuentes al recurso que prospera no procede efectuar expresa imposición, puesto que ha provocado la modificación de la inicial decisión judicial, tal como resulta de la previsión contenida en el nº 2 del artículo 398 de la LEC; pero para las derivadas de la apelación que resulta desestimada, procede su imposición a la parte recurrente, según se ordena en el nº 1 del artículo 398 de la LEC.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso, este tribunal pronuncia el siguiente

**FALLO**

1º.- Desestimamos el recurso interpuesto, vía impugnación, por la representación de VERDEVELENO SL contra la sentencia dictada el 21 de marzo de 2016 por el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid en sede del procedimiento nº 161/2013 e imponemos en consecuencia a la mencionada recurrente las costas derivadas de este trámite.

2º.- Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de SCHENKER ESPAÑA SA contra la sentencia dictada el 21 de marzo de 2016 por el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid en sede del procedimiento nº 161/2013, por lo que revocamos esa resolución judicial y en su lugar decidimos la íntegra desestimación de la demanda planteada contra la expresada recurrente por parte de VERDEVELENO SL, a la cual imponemos las costas derivadas de la primera instancia.

3º.- No efectuamos expresa imposición de las costas derivadas del recurso planteado por SCHENKER ESPAÑA SA, a la que acordamos la devolución del importe del depósito que hubiera tenido que efectuar para poder recurrir.

Informamos a las partes de que tienen la posibilidad de interponer ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal contra la presente sentencia de los que conocería la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.