



Roj: **SAP B 1043/2019 - ECLI: ES:APB:2019:1043**

Id Cendoj: **08019370152019100243**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **14/02/2019**

Nº de Recurso: **828/2018**

Nº de Resolución: **250/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MARIA FERNANDEZ SEIJO**

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.: 0801947120168001269

Recurso de apelación 828/2018 -1

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 02 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 146/2016

Cuestiones. Transporte marítimo. Responsabilidad del transitario. Alcance de la cláusula FCL/FCL.

SENTENCIA núm. 250/2019

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

Barcelona, a catorce de febrero de dos mil diecinueve.

Parte apelante: Baloise Belgium, NV/SA.

Letrado: Félix Arizón Gómez de la Bárcena.

Procuradora: Beatriz Amoraga Calvo.

Parte apelada e impugnante: Transitainer, S.A.

Letrado: José M^a Fernández Mencía.

Procurador: Francisco Ruiz Castel.

Resolución recurrida: Sentencia.

Fecha: 25 de enero de 2018.

Parte demandante: Baloise Belgium, NV/S.A.

Parte demandada: Trasitainer, S.A.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El fallo de la sentencia apelada es el siguiente: FALLO: "Que debo desestimar y DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales DÑA. BEATRIZ AMORAGA CALVO, en nombre y representación de BALOISE BELGIUM NV/S.A, frente a TRANSITAINER, S.A.

No se condena a ninguna de las partes al pago de las costas."

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito oponiéndose y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, en ese mismo escrito impugnaba la sentencia.

TERCERO. La parte apelante contestó a la impugnación, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 31 de octubre de 2018.

Ponente: JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

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

1. Baloise Belgium NV/SA (Baloise) interpuso demanda de juicio ordinario contra Transitainer, S.A. (Transitainer), a quien reclamaba 58.985'84 €, por los daños y perjuicios sufridos por Blue Whale (asegurada de Baloise) durante el transporte de manzanas y Kiwis desde Francia a Malasia.

La actora afirma que los daños se produjeron mientras las mercancías se encontraban bajo la custodia de la demandada y a consecuencia de la excesiva duración del viaje provocada por el abordaje y posterior detención del buque en aguas Egipcias.

2. La parte demandada se opuso conforme a los hechos y fundamentos que a sus intereses correspondieron, planteando tanto cuestiones procesales como de fondo que determinaban la desestimación de la demanda.

3. Tras los trámites correspondientes, el Juzgado Mercantil 2 de Barcelona dictó sentencia en la que rechazaba las excepciones procesales y desestimaba la demanda por considerar que no se emitió conocimiento de embarque, sino una carta de porte en régimen FCL.

En la sentencia identifica el contrato de transporte como un contrato multimodal internacional, por cuanto las mercancías se trasladaron por tierra desde Francia a España, en Barcelona se cargaron en un buque que debía transportar las mercancías a Malasia en contenedores cerrados.

En la sentencia se considera que el contrato de transporte en su tramo marítimo se suscribió bajo la "condición FCL (full container load) como se desprende de los documentos 8.1 y 8.2 de la demanda. Ello implica que el contenedor será entregado cerrado al porteador, habiendo sido cargado o estibado por el cargador, y en consecuencia el porteador deberá quedar exonerado de toda responsabilidad si entrega el contenedor al destinatario, en el mismo estado externo en que lo recibió, por cuanto el objeto del contrato de transporte es el contenedor mismo y no la mercancía que viaja en su interior.

En efecto [continúa la sentencia] , si se observa a la llegada a destino que las mercancías han sufrido daños, en el supuesto de que el precinto que se puso al contenedor a la carga esté intacto y no aparezcan signos de manipulación inadecuada de contenedor, el porteador se exonerara de toda responsabilidad, pues en virtud de la cláusula FCL Container Shippers Load & Count, el porteador responde de la carga, estiba, transporte, desestiba y descarga de la mercancía, y de su custodia desde la recepción para su transporte hasta su entrega. Pero referida exclusivamente al contenedor sin que pueda responder del contenido cuando los precintos estén intactos y no se observe que hayan sido manipulados (extremo éste no discutido por las partes).

Por lo expuesto, y con independencia de que la causa del daño fuese como indica la actora la excesiva duración del viaje provocada por el abordaje y posterior detención del buque, o como indica la demandada la excesiva maduración de la fruta, procede desestimar la demanda".

SEGUNDO . Principales hechos que sirven de contexto.

4. En el fundamento primero de la sentencia se incluye una relación de hechos relevantes para resolver las pretensiones de las partes:

"1.- La entidad BLUE WHALE convino la venta de 21 palés con 1.176 cajas de manzana Gala Royal y otros 21 palés con 2.310 cajas de Kiwi Hayward. La venta se concertó en condiciones CIF.



2.- Para el transporte de la mercancía desde Francia a Malasia BLUE WHALE contrató el transporte con la demandada TRANSITAINER, S.A. El transporte debía realizarse en dos fases: La primera, terrestre, desde Bessens y Montauban al puerto de Barcelona, y la segunda marítima, desde el Puerto de Barcelona hasta el Port Klang (Malasia).

3.- Para la realización del tramo marítimo la demandada contrató a la naviera UNITED ARAB SHIPPING COMPANY S.A.G. (en adelante UASC), a través de su agente consignatario en España, la mercantil UNITED ARAB SHIPPING AGENCIES COMPANY IBERIA, S.L. (UASAC IBERIA), realizando la correspondiente reserva de espacio en el buque "Al Safat".

4.- Durante la travesía marítima el buque "Al Safat" estuvo involucrado en un abordaje con un buque pesquero en el Mar Rojo, a consecuencia de lo cual fue detenido en el Puerto de Safaga (Egipto) por las autoridades administrativas del país y posteriormente por el Fiscal General de Egipto. El buque permaneció detenido durante alrededor de 2 meses.

5.- Los contenedores llegaron a su destino el 23 de febrero de 2015, tras haber sido transbordados a otro buque en los Emiratos Árabes Unidos. La mercancía fue inspeccionada de manera conjunta por el representante local de DP SURVEY GROUP N.V y un perito designado por el transportista constatándose que la fruta se hallaba severamente dañada: estaba blanda, arrugada y mostraba signos de putrefacción.

6.- La destinataria NUSA SEKAWAN BHD (en adelante NUSA) procedió a vender las mercancías en el mercado, y con posterioridad reclamó a BLUE WHALE el importe de las pérdidas en que había incurrido.

7.- BLUE WHALE pagó dicho importe a NUSA, y a cambio NUSA cedió todos sus derechos y acciones contra el transportista a BLUE WHALE.

8.- La actora BALOISE BELGIUM NV/S.A. y las restantes coaseguradoras, han abonado el importe de 65. 450,69 USD a la mercantil BLUE WHALE".

TERCERO. Motivos de apelación.

5. Baloise recurre en apelación. En su escrito alega los siguientes motivos:

5.1. Error en la valoración de la prueba respecto de las condiciones que regulan la relación entre Blue Whale (asegurado por la actora) y Transitainer. Considera la parte recurrente que dichas condiciones son las que aparecen en las órdenes de carga (documentos 5.1 y 5.2 de la demanda) y no las cartas de porte (documentos 8.1 y 8.2) que son las que se refieren a la carga de las mercancías en el buque, emitidas por el porteador efectivo, regulando la relación entre el cargador (Blue Whale), el porteador efectivo (UASC) y el consignatario (Nusa) 5.2. Error de derecho, por cuanto considera la parte recurrente que el transitario, como porteador contractual, está sujeto al mismo régimen de responsabilidad que el transportista efectivo. Baloise hace referencia al artículo 278 de la Ley de Navegación marítima.

5.3. En las órdenes de carga no se incluye el Incoterm FCL, que no afecta al transitario. La cláusula FCL sólo afectaba al tramo marítimo del transporte multimodal y en lo que hacía referencia a la relación contractual entre cargador y porteador efectivo. No al tramo terrestre.

5.4. Incluso aunque se viera afectado por la cláusula FCL, la interpretación o alcance de dicha cláusula sería distinto al referido en la sentencia, por cuanto sólo hace referencia a la entrega del contenedor con los precintos intactos, no manipulados, pero no a la incidencia que es objeto de autos (la paralización del barco en el que se transportaba la mercancía durante un período muy amplio de tiempo por un problema de abordaje con fallecimiento de tripulantes de la nave abordada).

5.5. Considera la parte recurrente que debe revocarse la sentencia dictada en primera instancia, valorar nuevamente la prueba y proceder a condenar a Transitainer al pago de las cantidades reclamadas, exigiendo, con ello la valoración en segunda instancia de las pruebas practicadas.

5.6. Se solicita, en último término, que no se proceda la condena en costas a la actora en la primera y en la segunda instancia incluso aunque se desestimara el recurso de apelación.

CUARTO. Escrito de oposición e impugnación de la sentencia.

7. Transitainer no sólo se opone al recurso de apelación presentado de contrario, también impugna la sentencia.

8. Respecto de la oposición al recurso de apelación, la demandada considera que la sentencia de instancia ha valorado correctamente la prueba practicada, que fue Blue Whale, asegurada por la recurrente, la que dio instrucciones a Transitainer para realizar el transporte de mercancías en el buque Al Safat, de la naviera UASAC, por lo que no puede afirmarse que Transitainer tuviera ninguna intervención en la contratación del transporte



marítimo, realizando únicamente la remisión de las cartas de porte marítimo que vinculaban a Blue Whale con UASAC.

También defiende que no se había establecido pacto alguno respecto de la fecha o plazo de entrega de la mercancía.

Se analiza la documentación aportada, concretamente las cartas de porte marítimo, en la que se pactaron los términos FCL/FCL, que determinaban que los contenedores se entregaban por el cargador dentro ya de contenedores cerrados, por lo que la demandada no podía revisar el contenido de los contenedores ni el estado de la mercancía. Se defiende que Transitanier podía oponer al cargador los términos y condiciones de la carta de porte marítimo. Advirtiéndose que la prueba practicada pone de manifiesto que Transitanier no estuvo presente en las tareas de llenado, estiba y consolidado de mercancías.

En el escrito se analiza la documental obrante en autos para concluir que sí son de aplicación las Reglas de La Haya al supuesto de autos, por cuanto hay una referencia expresa a la denominada Cláusula Paramount. La aplicación de estas reglas determina que la aplicación de la cláusula de exoneración de responsabilidad prevista en el artículo 4.2 g) de las Reglas de la Haya, debiendo acreditar Baloise la responsabilidad del porteador por dicha colisión.

Se hace mención a las normas de la FAO sobre preparación y venta de frutas y hortalizas para concluir que incluso con el retraso derivado del abordaje y retención del buque, las mercancías deberían haber llegado en buen estado por no haberse superado los plazos de vida útil de las frutas de referencia (kiwis y manzanas) previstos por la referida organización; si las frutas llegaron en mal estado fue, a juicio del oponente, porque ya venían en condiciones de maduración avanzada desde origen.

Finalmente, incluso para el supuesto de que se estimara el recurso, se alega la excepción de plus petición, bien por aplicación de la limitación de responsabilidad, bien por el porcentaje de cobertura de riesgo que asumía Baloise.

8. En trámite de impugnación de la sentencia, la parte demandada reitera sus alegaciones respecto de la falta de legitimación de Baloise, por cuanto ni era propietaria de la mercancía en el momento de producirse el daño, ni era cesionaria de los derechos del propietario de las mercancías. La demandada hace referencia a la documentación obrante en autos, en la que consta como titular de las mercancías el comprador, Nusan Sekawan SDN BHD.

Se hace mención a la imposibilidad de aportar nuevos documentos tras la contestación.

Se indica, además, que Baloise no era la única aseguradora de Blue Whale, que había un coaseguro en el que la actora sólo tenía un 60% del riesgo asumido.

QUINTO. Sobre la legitimación activa de la aseguradora en los supuestos en los que exista una cláusula CIF entre vendedor y comprador.

9. La cuestión se planteó ya en la primera instancia, la reitera Transitanier en la segunda instancia.

En la sentencia recurrida, con referencia al criterio seguido por esta Sección en diversas resoluciones, se considera que aunque entre vendedor y comprador de la mercancía se haya podido incluir una cláusula CIF (Cost and Freight), por la que se transfieren los riesgos al comprador cuando la mercancía traspasa la borda del buque en el puerto de embarque. Dicha cláusula no afecta a las relaciones y responsabilidades entre el transportista y el cargador, relaciones y responsabilidades que deben resolverse conforme a las normas que regulan el transporte de mercancías, no viéndose afectadas por los pactos propios del contrato de compraventa.

Aplicando este criterio al supuesto de autos, en la sentencia de instancia se defiende que la cláusula CIF no debe afectar a las reclamaciones entre cargador y transportista cuando se acredite que la aseguradora del cargador ha satisfecho el riesgo a éste, conforme a la póliza de seguro.

Decisión del tribunal.

10. El criterio recogido en la sentencia de instancia es el mantenido por esta Sección, que ha tenido la oportunidad de dictar nuevas resoluciones con el mismo argumento:

"Los pactos internos entre comprador y vendedor en las operaciones de compraventa no disciplinan las obligaciones derivadas del contrato de transporte. De ahí que las responsabilidades y obligaciones surgidas como consecuencia del transporte de mercancía no pueden verse afectadas por el pacto CIF, referido éste al contrato de compraventa, al regular las obligaciones en este contrato, pero no a las relaciones surgidas del contrato de transporte, que se rige por su propia legislación, nacional o internacional, por lo que no puede



negarse, por esa razón, la legitimación *ad causam de la actora para formular, con base en el art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro*, la presente demanda por el referido contenido de la cláusula CIF. Así lo sostuvimos en nuestra Sentencia de 30 de enero de 2015 (ROJ: SAP B 474/2015 - ECLI:ES:APB:2015:474) y antes en la de 7 de noviembre de 2012 (ROJ: SAP B 14937/2012 - ECLI:ES:APB:2012:14937).

"Lo único relevante a estos efectos es lo que resulta del contrato de transporte y del correspondiente contrato de seguro y el hecho de que haya sido su aseguradora quien haya asumido en primera instancia el pago de los gastos que ahora pretende repetir a la que considera responsable de la organización del transporte", así en la Sentencia de 13 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:10855).

11. Además, en la audiencia previa, la parte demandante aportó una certificación del distribuidor de la vendedora de las frutas en la que indicaba que habían pagado a la compradora 59.501 dólares como consecuencia del siniestro (documento 20 de la demandante).

La demandada considera que dicha documentación debía haberse acompañado con la demanda y que su aportación en la audiencia previa infringía lo establecido en el artículo 270 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Dicha alegación debe ser rechazada por cuanto la documentación aportada en la audiencia previa tiene su justificación en las excepciones planteadas en la contestación a la demanda sobre la legitimación activa, se trata, por tanto, de documentos que complementan los ya aportados en la demanda (documento 11 y 13) al ser cuestionados por Transítainer.

12. En definitiva, debe rechazarse la excepción de falta de legitimación activa reiterada en el recurso.

SEXTO. Sobre la falta de legitimación activa de la aseguradora para reclamar la totalidad de la indemnización satisfecha.

13. Transítainer también traslada a la segunda instancia sus alegaciones respecto de la falta de legitimación de Baloise para reclamar el 100% de la indemnización por concurrir varias aseguradoras en la cobertura de los riesgos. La impugnante defiende que, en todo caso, la actora sólo tendría derecho a percibir un 60% de la indemnización.

Decisión del Tribunal.

14. El motivo de impugnación debe ser rechazado por dos razones. La primera, porque no se trataría de una cuestión que afecte a la legitimación activa de la aseguradora, sino un problema de pluspetición.

La segunda razón, porque la aseguradora en la audiencia previa aportó la documentación que acredita la cesión de derechos por parte del resto de aseguradoras, cesión que ya consta en el documento 3.3 de los aportados a la demanda (finiquito que acreditaba el pago de la indemnización, donde se hace referencia expresa a dicha cesión). También en el documento 4 de la demanda, en el que expresamente el resto de aseguradoras ceden sus derechos a Baloise como coasegurador principal.

15. Por lo tanto, también debe rechazarse este segundo motivo de impugnación de la sentencia planteado por Transítainer.

SÉPTIMO. Régimen aplicable al transporte objeto del procedimiento.

16. En la sentencia recurrida se indica que el transporte objeto de análisis es un transporte multimodal internacional en el que se identifica un primer tramo realizado por vía terrestre (desde Francia al puerto de Barcelona) y un segundo tramo por vía marítima. El siniestro se produce en el segundo tramo, en el que se inicia con la salida del buque desde el puerto de Barcelona, hasta su llegada a Port Klang (Malasia). Este hecho no resulta controvertido.

Tampoco resulta controvertido que el incidente que da origen a la reclamación es un abordaje que se produce en aguas egipcias, el buque Al Safat abordó a un pesquero egipcio, abordaje que causó dos muertos en la tripulación del pesquero. El buque Al Safat quedó retenido durante dos meses en un puerto egipcio.

El tercer aspecto que no resulta controvertido es que las frutas transportadas se cargaron en un contenedor cerrado y precintado de origen, en Francia, carga y precinto que realizó el vendedor de los kiwis y manzanas.

El último punto en el que no hay controversia es que al abrirse los contenedores en destino una parte muy importante de la mercancía llegó en mal estado, no siendo apta para el consumo.

17. En la sentencia de instancia se indica que no se emitió conocimiento de embarque, sino carta de porte marítima (*sea waybill*), que no son aplicables las Reglas de La Haya-Visby, ni la cláusula Paramount, remitiéndose a las normas del propio contrato.



Partiendo de esas consideraciones, en la resolución recurrida se hace mención de la condición FCL/FCL referida en la carta de porte (documento 8 de la demanda), que exonera al porteador de cualquier responsabilidad, por cuanto el contenedor fue entregado cerrado al porteador. En la sentencia se indica que cualquier daño que sufriera la mercancía no será imputable al porteador si el contenedor se entrega al destinatario en el mismo estado externo en el que se recibió.

Amparándose en esta cláusula, en la sentencia se defiende que el porteador quedará liberado de responsabilidad si entrega el contenedor en el mismo estado en el que lo recibió.

18. Baloise considera en su recurso que la relación entre Blue Whale (asegurada por la actora) y Transitanier no vendría regulada por las cartas de porte marítimo, que hacen referencia única y exclusivamente a las relaciones entre el cargador y la propietaria del buque (United Arab Shipping Company, S.A.G.); sino por las órdenes de transporte (documento nº 5) expedidas entre el cargador y el transitario. En estas órdenes de carga no consta limitación o cláusula alguna que exonere al porteador.

Considera la parte recurrente que serían de aplicación las normas generales de la Ley de la Navegación Marítima.

Decisión del Tribunal.

19. El transporte objeto de las presentes actuaciones se realiza en diciembre de 2014, después de la entrada en vigor de la Ley 14/2014, de Navegación Marítima (LNM).

El artículo 277 de la LNM establece:

"1. El porteador es responsable de todo daño o pérdida de las mercancías, así como del retraso en su entrega, causados mientras se encontraban bajo su custodia, de acuerdo con las disposiciones previstas en esta sección, las cuales se aplicarán imperativamente a todo contrato de transporte marítimo.

No tendrán efecto las cláusulas contractuales que pretendan directa o indirectamente atenuar o anular aquella responsabilidad en perjuicio del titular del derecho a recibir las mercancías. Sin embargo, tales cláusulas, cuando estén pactadas en la póliza de fletamento y no entrañen exoneración por dolo o culpa grave del porteador, tendrán valor exclusivamente en las relaciones entre este y el fletador, sin que puedan oponerse, en ningún caso, al destinatario que sea persona distinta del fletador.

2. Los contratos de transporte marítimo de mercancías, nacional o internacional, en régimen de conocimiento de embarque y la responsabilidad del porteador, se regirán por el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque, firmado en Bruselas el 25 de agosto de 1924, los protocolos que lo modifican de los que España sea Estado parte y esta ley.

Respecto de la responsabilidad del transitario, el artículo 278, al referirse al porteador contractual y al efectivo, indica que:

"1. La responsabilidad establecida en esta sección alcanza solidariamente tanto a quien se compromete a realizar el transporte como a quien lo realiza efectivamente con sus propios medios.

2. En el primer caso estarán comprendidos los comisionistas de transportes, transitarios y demás personas que se comprometan con el cargador a realizar el transporte por medio de otros. También estarán comprendidos los fletadores de un buque que contraten en la forma prevista en el artículo 207.

3. En el segundo estará incluido, en todo caso, el armador del buque porteador.

4. El porteador contractual tendrá derecho a repetir contra el porteador efectivo las indemnizaciones satisfechas en virtud de la responsabilidad que para él se establece en este artículo. La acción de repetición del porteador contractual contra el porteador efectivo estará sujeta a un plazo de prescripción de un año a contar desde el momento de abono de la indemnización".

20. Conforme a las disposiciones citadas, el transitario queda sometido, en todo caso, al régimen de responsabilidad del porteador efectivo, lo que determina, en el supuesto de autos, que debamos tener en cuenta la carta de porte marítimo aportada como documento 8 de la demanda.

OCTAVO. Sobre la interpretación de la cláusula FCL/FCL.

21. No se discute que la carta de porte marítimo incluye la cláusula FCL/FCL.

En la sentencia se defiende que el porteador queda exonerado de cualquier responsabilidad si entrega el contenedor en el mismo estado en el que fue recibido.

Baloise defiende que la interpretación de la referida cláusula no exige al porteador de la responsabilidad por circunstancias o hechos que le puedan ser, en todo caso, imputables, como es un abordaje.

*Decisión del Tribunal.*

22. La cláusula FCL/FCL es un *incoterm* con el que se hace referencia a que el transportista no responde por las labores de carga, estiba o descarga de la mercancía en interior del contenedor, que se le entrega ya cerrado y cuyo estado interior no puede conocer ("*dice contener*"). En estos casos, el porteador no manipula el contenido, responde de trasladar ese contenedor, como carga unitaria, hasta el destino elegido en las condiciones en que se le entrega (así lo indicábamos en la Sentencia de esta Sección de 24 de julio de 2008. ECLI:ES:APB:2008:12402).

La cláusula determina la exoneración por las concretas tareas referidas, es decir, la carga, estiba y descarga, pero no supone una cláusula de exoneración absoluta para el cargador respecto de otras circunstancias o incidentes ajenos a estas tareas.

23. En el supuesto de autos, el siniestro denunciado es el abordaje del buque y posterior retención de la nave durante varias semanas en un puerto ajeno al puerto de destino.

El abordaje en cuestión en modo alguno es imputable al cargador. Los datos obrantes en las actuaciones permiten afirmar que el abordaje fue responsabilidad del capitán del buque, que el buque quedó retenido hasta que el armador hizo frente a los pagos e indemnizaciones derivados del abordaje.

Este incidente es completamente ajeno a la cláusula FCL/FCL, por lo tanto, no puede quedar exonerado de responsabilidad por cuanto los daños causados tienen, supuestamente, su origen en una incidencia ajena a la estiba, carga o descarga del contenedor. No se refieren a la conservación del contenedor en el estado recibido, se refieren a una circunstancia imprevisible en el momento de firmar la carta de porte marítima.

Por lo tanto, no es posible una exoneración al porteador y al transitario por el abordaje. En este punto debe estimarse el recurso de apelación.

NOVENO. Sobre otras circunstancias que pueden afectar a la responsabilidad del transitario.

24. La sentencia de instancia considera que la cláusula FCL/FCL exonera de responsabilidad al transitario, por lo tanto, no se pronuncia sobre las causas que concurrieron en el supuesto de autos y pudieran afectar a la responsabilidad del demandado. Estas cuestiones las hemos de abordar en segunda instancia.

25. En la contestación a la demanda, Transitainer hace referencia a dos hechos que, a su juicio, determinarían la desestimación en todo caso de la demanda: 1) Que la transitaria no se había comprometido a la entrega del contenedor en un plazo determinado, por lo que no debería imputarse responsabilidad alguna por la demora en la llegada a puerto, fuera cual fuera la causa de esa demora. 2) Que la fruta vendría ya dañada de origen; en la contestación a la demanda se hace referencia a los plazos indicados por la FAO para el consumo de kiwi y manzana, plazo muy amplio que determina que incluso con el retraso derivado de la retención del buque en **Egipto**, la fruta se habría entregado dentro del plazo de vida de consumo de las frutas. La demandada construye la presunción de que si la fruta llegó deteriorada a Malasia fue porque ya en Francia se cargó en los depósitos en un grado de madurez muy avanzado, no recomendado para una larga travesía.

Decisión del Tribunal.

26. Nos corresponde en segunda instancia valorar la prueba practicada, partiendo de la responsabilidad atribuible al transitario como el abordaje. No cabe duda que al cargador no se le puede atribuir responsabilidad alguna por el abordaje, sin embargo, al transitario sí debe considerarse responsable del abordaje por cuanto asume la responsabilidad que correspondería al transportista o cargador efectivo. Esa responsabilidad se acredita no sólo porque las autoridades portuarias egipcias retuvieron el buque, sino porque el armador satisfizo las indemnizaciones reclamadas, pago que solo se entiende si hay una previa asunción de responsabilidad.

27. Respecto del plazo de entrega del contenedor, debe tenerse en cuenta que no era la primera vez que Transitainer asumía, por orden de Blue Whale, el transporte de fruta desde Europa. Consta en la orden de transporte (documento 5) y en la carta de porte (documento 8) que la carga eran manzanas y kiwis.

Además, en la orden de transporte consta, con claridad incuestionable, que la fecha de entrega era el 29 de diciembre.

Atendiendo a la naturaleza conocida de la mercancía transportada y al contenido de la orden de transporte, hemos de entender que la fecha de entrega era un elemento esencial del contrato, fecha de entrega que se incumplió de modo incuestionable al producirse una demora de dos meses en la arribada al puerto de destino.

28. La segunda de las circunstancias alegadas, la referida a que la fruta pudo haberse cargado en el contenedor en un avanzado grado de madurez, inadecuado para un transporte prolongado.



Hemos de partir de algunas cuestiones no discutidas: 1) La duración del transporte fue de 70 días. 2) La prueba pericial acredita que no se alteraron las condiciones de transporte (temperatura) del contenedor pese al incidente. 3) Las indicaciones de la Organización de Naciones Unidas para la Alimentación y Agricultura (FAO) indica que la vida útil en el caso de los kiwis es de 150 días (5 meses), 180 días (6 meses para las manzanas).

Concluye la demandada que si la fruta llegó en un estado de maduración tal que en un porcentaje importante no era apta para el consumo humano, fue debido a que ya se cargó en el contenedor en un grado de maduración medio o alto.

29. Siendo cierto lo anterior, también lo debe ser que el cargador contara con que el transporte se realizara sin incidencia, es decir, en un plazo máximo de un mes, por lo que adecuara el grado de maduración de la fruta a la duración razonable del trayecto, un mes.

Una demora extraordinaria, no imputable al cargador, afectó, sin duda, al estado de la fruta. Ciertamente es que, de haberse cargado cuando el grado de maduración de la fruta era menor, el deterioro hubiera sido, sin duda, proporcionalmente menor, pero las circunstancias imprevisibles del abordaje y la retención durante varias semanas eran absolutamente imprevisibles para el cargador.

Consideramos que no había una obligación de cargar la fruta atendiendo al plazo máximo de vida útil, que podía realizarse la carga atendiendo a esa duración razonable del viaje. Por lo tanto, ninguna incidencia tiene la decisión de cargador en la determinación del daño causado.

30. Atendiendo a la causa del daño, un abordaje imputable al porteador, no resulta razonable aplicar limitación alguna a la responsabilidad por cuanto la culpa debe reputarse grave.

31. En definitiva, debe estimarse la demanda, condenando a la demandada al pago de 58.985'84 €, e intereses legales.

DÉCIMO. Sobre las costas.

32. Al estimarse el recurso de apelación, conforme al artículo 398 de la LEC, no hay condena en costas de la segunda instancia.

Dado que se han desestimado los motivos de impugnación, conforme al artículo 398 de la LEC, en relación con el principio del vencimiento previsto en el artículo 394 del mismo texto legal, se imponen las costas de la impugnación al impugnante.

33. Respecto de las costas de la primera instancia, la demandada debe ser condenada al pago de las costas, por aplicación del vencimiento objetivo en esta materia (artículo 394 de la LEC).

FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Baloise Belgium, N.V./S.A. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 2 de Barcelona de fecha 25 de enero de 2018, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se revoca, condenando a Transitaier, S.A. a indemnizar a la actora en 58.985'84 €, e intereses legales.

No hay condena en costas al recurso de apelación. Ordenando la devolución a la recurrente del depósito para recurrir.

Se desestima la impugnación a la sentencia planteada por Transitaier, S.A., condenando a la impugnante al pago de la impugnación. Con pérdida del depósito previsto para la impugnación.

Se condena a Transitaier al pago de las costas de la primera instancia.

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.