



Roj: **SAP T 1378/2024 - ECLI:ES:APT:2024:1378**

Id Cendoj: **43148370012024100365**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Tarragona**

Sección: **1**

Fecha: **13/09/2024**

Nº de Recurso: **912/2022**

Nº de Resolución: **445/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JORDI SANS SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Tarragona. Civil

Avenida Presid. Lluís Companys, 10 - Tarragona - C.P.: 43005

TEL.: 977920101

FAX: 977920111

EMAIL:aps1.tarragona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 4314847120208015176

Recurso de apelación 912/2022 -U

Materia: Recurso contra sentencia P.O.

Órgano de origen: Juzgado Mercantil nº 1 de Tarragona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 355/2020

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 4202000012091222

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Tarragona. Civil

Concepto: 4202000012091222

Parte recurrente/Solicitante: VOS LOGISTICS OSS, BV

Procurador/a: Antonio Elías Arcalis

Abogado/a: David Diez Ramos

Parte recurrida: LOAL LOGISTICS, S.L.

Procurador/a: Gerard Pascual Vallés

Abogado/a: MONTSERRAT MARTÍ PERPIÑÀ

SENTENCIA N° 445/2024

ILMOS. SRES.

Presidente

D. Manuel Horacio García Rodríguez

Magistrados

Dª. Inmaculada Perdigones Sánchez



D. Jordi Sans Sánchez

Tarragona, a 13 de septiembre de 2024.

La Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, formada por los Magistrados del margen, ha visto el recurso de apelación nº 912/2022 frente la sentencia de fecha 22-3-2022, dictada en el juicio ordinario nº 355/2020-1, tramitado por el Juzgado Mercantil nº 1 de Tarragona con intervención de VOS LOGISTICS OSS, BV, representada por el/la Procurador/a Sr. Elias y defendida por el/la Letrado/a Sr. Díez, como parte demandante-apelante, y LOAL LOGISTICS SL, representada por el/la Procurador/a Sr. Pascual y defendida por el/la Letrado/a Sr. Martí, como parte demandada-apelada, y previa deliberación pronuncia en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-La sentencia, tras los correspondientes fundamentos de derecho, establece en su parte dispositiva lo siguiente:

"Que debo DESESTIMAR Y DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por VOSS LOGISTIC OSS BV frente a LOAL LOGISTIC S.L., absolviendo a esta ultima de todos sus pedimentos.

Se impone el pago de las costas procesales a la parte actora."

SEGUNDO.-Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en que los fundamentan, que se encuentran unidos a los autos.

Fundamenta la decisión del Tribunal el Magistrado Ponente Jordi Sans Sánchez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Antecedentes del caso.

VOS LOGISTICS OSS, BV formuló demanda de juicio ordinario contra LOAL LOGISTICS SL en reclamación de la cantidad de 37.938,68 euros, más intereses y costas, fundada, sintéticamente, en los siguientes hechos: en noviembre de 2014, EDAROS contrató a VOS LOGISTICS el transporte de colchones y somieres de FLEX desde Esparraguera a Bruselas; en enero de 2015 VOS LOGISTICS subcontrató la ejecución del transporte con LOAL LOGISTICS; cuando el 16-1-2015 la mercancía llegó a Bruselas, el destinatario verificó que estaba afectada por mojaduras; EDAROS demandó a VOS LOGISTICS la cantidad de 25.804,03 euros por la pérdida total de la mercancía más daños y perjuicios, demanda que dio lugar al juicio ordinario nº 485/2016 del Juzgado Mercantil nº7 de Barcelona; tras una sentencia de primera instancia desestimatoria, por sentencia de la sección nº15 de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 21-5-2019, la sentencia de primera instancia fue revocada y se estimó la demanda de EDAROS con condena a VOS LOGISTICS al pago de la cantidad de 25.804,03 euros más intereses legales y costas; EDAROS y VOS LOGISTICS acordaron en pago de la cantidad de 37.983,68 euros, de los cuales 25.804,03 euros correspondían al principal de la condena, 2.417,77 euros a intereses legales y 9.707,67 euros a las costas de primera instancia; el 1-9-2019 la representación procesal de VOS LOGISTICS consignó ante el Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona la citada cantidad de 37.983,68 euros y el Juzgado ordenó su entrega a EDAROS; VOS LOGISTICS reclamó extrajudicialmente a LOAL LOGISTICS el pago de la citada cantidad, como subcontratista del transporte, y, al no ser atendida la reclamación, formula la demanda al amparo de los arts. 3, 29 y 37 del Convenio CMR.

La parte demandada se opuso a la demanda alegando la falta de legitimación pasiva de LOAL LOGISTICS porque el transporte fue materialmente ejecutado por LOAL LOGISTICS por carretera desde Esparraguera a Le Bolou, pero allí la mercancía fue recogida y custodiada por LORRY RAIL, siendo transportada en tren hasta Bettenburg, donde LOAL LOGISTICS la recogió de nuevo y la transportó por carretera al destino final, afirmando que los daños se produjeron durante el transporte en tren; falta de cosa juzgada del juicio ordinario seguido ante el Juzgado Mercantil nº7 de Barcelona en cuanto a la responsabilidad por los daños de la mercancía y su valoración; pluspetición en la valoración de los daños causados, al existir un informe conjunto de todos los peritos designados por las partes implicadas (EDAROS, VOS LOGISTICS, LOAL LOGISTICS y LORRY RAIL) que valoraron los daños en las mercancías en 4.116,63 euros; pago por ALLIANZ a LOAL LOGISTICS, como aseguradora de ésta, de los 4.116,63 euros, menos 300 euros de franquicia, con compensación de esos 4.200 euros a VOS LOGISTICS con el importe de tres facturas que VOS LOGISTICS adeudaba a LOAL LOGISTICS; subsidiariamente, enriquecimiento injusto, si de la cantidad a cuyo pago se condenase a LOAL LOGISTICS no se descuentan los 4.200 euros que ésta pagó por compensación a VOS LOGISTICS, así como también la



cantidad que LOAL LOGISTICS sabe que VOS LOGISTICS cobró de su propia aseguradora por el siniestro, cuyo importe exacto desconoce la parte demandada.

La sentencia de instancia desestimó la demanda, con condena en costas a la parte actora

SEGUNDO.-Motivos de apelación.

La parte demandante interpone el recurso de apelación, que fundamenta en los siguientes motivos:

- Error en la valoración de la prueba sobre el hecho de que AON es la aseguradora de VOS LOGISTICS, sobre la existencia de reclamación por parte de las aseguradoras de VOS LOGISTICS y LOAL LOGISTICS, y sobre la existencia de una **franquicia** de 5.000 euros en el contrato de seguro de VOS LOGISTICS, que fueron pagados por la parte actora.

- Error en la aplicación del derecho por vulneración del art. 43 LCS, que no atribuiría automáticamente la legitimación activa de la reclamación a la aseguradora de VOS LOGISTICS.

- Error en la aplicación del derecho por vulneración del art. 43 LCS, en cuanto a que VOS LOGISTICS asumió directamente el pago de los 5.000 euros de la **franquicia** y podría reclamar su importe.

- Falta de pronunciamiento sobre el resto de cuestiones controvertidas en la instancia: legitimación pasiva de LOAL LOGISTICS, cosa juzgada material de la sentencia dictada en el proceso seguido ante el Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona y pluspetición.

La parte demandada se opone al recurso y solicita la confirmación de la sentencia apelada.

TERCERO.-Decisión de la Sala.

3.1.La acción ejercitada en la demanda es la de recobro por parte de VOS LOGISTICS del importe total que la actora afirma que pagó a EDAROS por los daños sufridos en las mercancías objeto del contrato de transporte, y que había sido subcontratado por VOS LOGISTICS a LOAL LOGISTICS. Esta acción se fundamenta en las disposiciones del CMR (Convenio relativo al Contrato de Transporte **Internacional** de Mercancías por Carretera de 19 de mayo de 1956, que se complementa con Protocolo de 5 de julio de 1978), como claramente establecen los fundamentos jurídicos de la demanda.

El art. 37 CMR dispone que:

"El transportista que haya pagado una indemnización en virtud de las disposiciones del presente Convenio tiene el derecho a repetir por el principal, intereses y gastos contra los transportistas que hayan participado en la ejecución del contrato de transporte, de acuerdo con las disposiciones siguientes:

a) El transportista, por el hecho imputable al cual se ha causado el daño, habrá de soportar él solo la indemnización, ya la haya pagado él, ya la haya pagado otro transportista,

b) Cuando el hecho causante del daño sea imputable a dos o varios transportistas, cada uno deberá pagar una suma proporcional a su parte de responsabilidad; si no cabe la posibilidad de valorar dicha proporción, cada uno pagará una suma proporcional al precio que cobraron por el transporte.

c) Si no se puede determinar quiénes son los responsables, la carga de indemnizar se repartirá entre todos en la proporción fijada en el párrafo b) de este artículo."

La SAP Barcelona secc. 15 de 15-11-2019 recuerda lo siguiente:

"sobre esta materia ya tiene dicho este Tribunal en sentencias de 17.12.2014 y 5 de diciembre de 2012, para un caso esencialmente idéntico, que no opera el instituto de la prescripción, afirmando lo siguiente : "El artículo 37 CMR debe ser interpretado como un reconocimiento al ejercicio de la acción de repetición cuando en el transporte **internacional** de mercancías por carretera intervengan uno o más operadores del transporte, ya que no puede sostenerse que ese derecho solo se reconozca en el supuesto de transportes sucesivos. Dentro del principio general en que se sitúa el artículo 3 del CMR, el art 29.2 de la misma norma convencional establece "la responsabilidad ilimitada 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 ...". Este precepto tiene la finalidad de precisar que el reproche se centra, no sólo el porteador (en nuestro caso: el transportista contractual) como causante directo del daño. Ahora bien, la norma también justifica que al transportista le asiste la posibilidad de reclamar, en vía de regreso, contra el causante directo del daño, posibilidad que, además, no sólo se encuentra en nuestro derecho interno -lo que ya justificaría la legitimación de la parte actora- sino que también debe entenderse contenida en el convenio CMR por la correlación existente entre los artículos 3 y 37 ya que, si bien este último precepto se halla dentro del capítulo dedicado al transporte sucesivo, el mismo establece un derecho de repetición cuando en la causación del daño



hayan intervenido ya transportistas sucesivos, ya los subcontratados o auxiliares en el transportista, lo que en definitiva, legitimaría a la parte demandante".

3.2.La sentencia de instancia desestima la demanda por falta de legitimación activa "ad causam" de VOS LOGISTICS SL, al considerar probado que "el daño fue resarcido por la aseguradora de la actora, por lo que, como consecuencia del efecto de subrogación automática que se produce en estos casos en virtud del art. 43 de la ley del contrato del seguro, quien pasa a estar legitimada, en virtud de subrogación, para el ejercicio de la acción de repetición es la aseguradora, que, por el pago, pasa a ocupar la posición contractual del porteador. Por lo que, acreditado el pago, la legitimación activa para el ejercicio del derecho de repetición corresponde a la aseguradora AON RISK SOLUTIONS."

La prueba de tal pago, según la sentencia, consiste en el oficio remitido por el Juzgado a AON RISK SOLUTIONS en fecha 10-1-2022 (folio 525 de los autos), que fue respondido en fecha 17-3-2022, constando en los folios 634 y siguientes la traducción de la respuesta de AON RISK SOLUTIONS.

3.3.Una nueva revisión de las actuaciones lleva a la Sala a compartir íntegramente los argumentos de la sentencia de instancia, por lo que el recurso de apelación va a desestimarse. La argumentación por remisión es perfectamente admisible, según reiterada doctrina constitucional (SSTC 174/1987, de 3 noviembre, 956/1988, de 21 julio y 150/1993, de 3 mayo, entre otras). A los razonamientos de la sentencia de instancia cabe añadir algunas consideraciones que exponemos en los fundamentos siguientes.

3.4.En primer lugar, debe recordarse que la legitimación activa "ad causam" es una cuestión de orden público que puede ser apreciada por el Tribunal en cualquier momento e incluso de oficio por lo que, como resuelve la sentencia apelada, es irrelevante que tal cuestión no se plantease en la contestación a la demanda ni que no se hiciera en forma de reconvenición. Incluso podría ser revisada en apelación, aunque no se hubiera discutido en primera instancia. En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo 603/2021, de 14 de septiembre, con cita de otras (SSTS, 30 abril 2012, 13 diciembre 2006, 7 y 20 julio 2004, 20 octubre 2003, 16 mayo 2003, 10 octubre 2002 y 4 julio 2001). Y esta misma Sala lo ha resuelto así reiteradamente: sentencia nº 595/2023 de 22 de noviembre, sentencia nº 756/2022 de 19 de octubre, y sentencia nº 530/2022 de 6 de julio, por citar algunas.

3.5.La respuesta de AON RISK SOLUTIONS no deja lugar a dudas en cuanto a que los 37.983,68 euros en que EDAROS Y VOS LOGISTICS pactaron fijar el total de la condena de VOS LOGISTICS en el juicio seguido ante el Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, antes referido, no fueron pagados por VOS LOGISTICS.

En la traducción a la respuesta de AON RISK se recoge que "Las aseguradoras no pagaron una cantidad directamente a VOS. Después de que se informara a AON sobre el resultado de la demanda en España, pagamos una cantidad de 37.983,68 € con el consentimiento de las aseguradoras, después de lo cual el abogado holandés que representaba a VOS pagó esta cantidad al tribunal. Hemos gravado a VOS con la **franquicia** de 5.000 € y las aseguradoras en cuenta corriente con el importe de 32.983,68 €."

Esta información no resulta contradictoria por lo manifestado en juicio por los testigos Sres. Florencio y Olegario , citados en el recurso de apelación, que al tener relación laboral o profesional con LOAL no es extraño que desconocieran el nombre de la aseguradora de VOS.

A ello tampoco obsta que AON RISK no sea la aseguradora de VOS LOGISTICS sino el corredor que interviene en dicha relación de aseguramiento. La propia AON RISK reconoce expresamente este hecho en su respuesta, que transcribimos en su traducción:

"Nosotros, AON Risk Solutions, somos el corredor de seguros involucrado en la póliza de seguro NUM000 . En virtud de esta póliza, la responsabilidad de VOS LOGISTICS OSS BV (en adelante, también mencionado como VOS) estuvo asegurada a partir del 1 de enero de 2000. Las aseguradoras involucradas en esta póliza se enumeran en la página 8 de la póliza de fecha 21 de mayo de 2015."

Lo esencial es, pues, que los 37.983,68 euros objeto de demanda no fueron pagados por VOS LOGISTICS. Consta su consignación ante el Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona en el doc. 15 de la demanda, mediante escrito presentado por la representación procesal de VOS LOGISTICS en ese procedimiento, pero en el documento bancario adjunto no se puede apreciar que el ordenante de la transferencia sea precisamente VOS LOGISTICS, lo que viene a confirmar el contenido de la respuesta de AON RISK en cuanto a que el pago lo hizo AON RISK, por cuenta de la aseguradora de VOS LOGISTICS.

3.6.Partiendo de lo anterior, el art. 37 CMR legitima para la acción de repetición al "transportista que haya pagado una indemnización en virtud de las disposiciones del presente Convenio" y, como concluye la Juez "a quo", la prueba practicada no demuestra en absoluto que VOS LOGISTICS pagara tal indemnización a EDAROS, por lo que no tiene legitimación activa "ad causam" para el ejercicio de la acción.



La esencia de la acción de repetición es hacer efectivo el principio general recogido en el art. 3 CMR, según el cual, "el transportista responderá de los actos y omisiones de sus empleados y de todas las otras personas a cuyo servicio él recurra para la ejecución del transporte, cuando tales empleados o personas realizasen dichos actos y omisiones en el ejercicio de sus funciones.

Pero, no sólo por la literalidad del precepto sino también para evitar cualquier tipo de enriquecimiento injusto, el art. 37 CMR únicamente puede interpretarse en el sentido de que el transportista que plantea la acción de repetición debe de haber pagado efectivamente la indemnización que pretende repetir.

A ello no obsta, como discuten las partes en sus escritos de apelación, que a la aseguradora de VOS LOGISTICS le pueda asistir la acción subrogatoria del art. 43 LCS. La acción subrogatoria es el instrumento que la ley pone a disposición de la compañía aseguradora para reclamar de un tercero lo que ha abonado a su asegurado o si se trata de un seguro de responsabilidad civil, al perjudicado (STS 611/2014, de 4 de noviembre).

Se trata de una acción distinta de la aquí planteada y el hecho de que la aseguradora de VOS LOGISTICS no conste que haya ejercitado la acción no otorga automáticamente a VOS LOGISTICS la legitimación activa en la acción del art. 37 CMR, ni la exime de la carga de probar el efectivo pago de la indemnización objeto de repetición, que como hecho constitutivo de la pretensión recae sobre la demandante conforme al art. 217.2 LEC.

3.7.La apreciación de la falta de legitimación activa "ad causam" de VOS LOGISTICS en la acción de repetición determinada en la demanda conlleva confirmar la sentencia desestimatoria dictada en la instancia, sin necesidad de examinar el resto de motivos de apelación, que refieren al fondo de la acción sobre el que no se puede resolver si la actora carece de acción.

3.8.En cualquier caso, en cuanto a las alegaciones de la apelación referidas a la **franquicia** de 5.000 euros que VOS LOGISTICS tuvo que asumir sobre los 37.983,68 euros que su aseguradora pagó a EDAROS, se trata de una cuestión novedosa que no se planteó debidamente en primera instancia y, por tanto, no puede ser objeto de apelación conforme al art. 456 LEC.

La STS nº 718/2014, de 18 de diciembre, recuerda que:

" 1.- La prohibición de introducción de cuestiones nuevas en la apelación es un principio fundamental del recurso de apelación. Se recoge en el art. 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone que en el recurso de apelación podrá perseguirse que se revoque una sentencia " con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia ". Impide que ante el tribunal de apelación se planteen recursos de apelación sobre cuestiones no alegadas oportunamente en la primera instancia y, por tanto, respecto de las que no se ha dado al juzgado de primera instancia la posibilidad de resolverlas.

2.- Esta exigencia no es un formalismo retórico o injustificado. Es una regla que entronca con la esencia del recurso de apelación. La pretensión que se haga valer en segunda instancia ha de coincidir esencialmente con la planteada en la primera instancia. El tribunal de apelación sólo podrá revocar la sentencia de primera instancia por aquellas cuestiones que, habiendo sido objeto de oportuna invocación en la primera instancia, no hubieran sido resueltas por el juez conforme a lo que el tribunal de apelación entiende que es la solución correcta. El recurrente puede pretender que el tribunal de apelación revoque la sentencia de primera instancia porque esta no haya resuelto oportunamente las cuestiones de hecho y de derecho planteadas oportunamente en los trámites alegatorios de la primera instancia (fundamentalmente, la demanda, la contestación y las alegaciones complementarias de la audiencia previa), pero no puede modificar el objeto del proceso, introduciendo nuevas pretensiones en el recurso de apelación para que el tribunal que conozca del recurso las adopte, y revoque por tal motivo la sentencia apelada.

No puede alterarse el objeto del proceso tal y como fue conformado en la primera instancia. De acuerdo a nuestra tradición histórica, la Ley de Enjuiciamiento Civil actualmente vigente acoge un modelo de segunda instancia limitada, como "revisio prioris instantie" (revisión de la instancia anterior). Por no ser un nuevo proceso, las partes no pueden pretender articular pretensiones nuevas o solicitudes no deducidas oportunamente en aquella. No solo no cabe modificar el objeto de las actuaciones de manera improcedente respecto de la primera instancia, sino que tampoco cabe convertir la apelación en un juicio nuevo".

En la demanda no se hacía referencia al pago de la indemnización por parte de la aseguradora de VOS LOGISTICS. Fue en la contestación donde se hacía referencia a dicho pago, sin indicación de cuantía ni de **franquicia**. En la audiencia previa la parte actora negó el pago por la aseguradora, de modo que no fue hasta el acto de juicio, tras la recepción de la respuesta de AON RISK, cuando la parte actora refiere al pago de la **franquicia**, siendo el recurso de apelación cuando por primera vez plantea en forma una reclamación por ese sólo importe.



Queda claro pues el carácter extemporáneo de esa alegación, respecto de la que tampoco se acredita siquiera el pago efectivo de la **franquicia**, hecho que debería haber probado la actora no sólo como hecho constitutivo de su pretensión (que parece subsidiaria de la principal) - art. 217.2 LEC- sino también por los principios de facilidad y disponibilidad probatorias del art. 217.7 LEC.

3.9. Por todo lo resuelto en los fundamentos anteriores, desestimamos el recurso de apelación y confirmamos la sentencia de instancia, también en cuanto a la condena en costas a la parte actora, por aplicación del principio de vencimiento objetivo del art. 394.1 LEC.

CUARTO.- Régimen de costas.

Al desestimarse el recurso de apelación, debe condenarse a la parte apelante al pago de las costas de esta alzada (art.398 LEC).

FALLO

El Tribunal decide:

1º.- Desestimar el recurso de apelación formulado por VOS LOGISTICS OSS, BV contra la sentencia de fecha 22-3-2022, dictada en el juicio ordinario nº 355/2020-1, tramitado por el Juzgado Mercantil nº 1 de Tarragona, que se **confirma**.

2º.- Con condena a la parte apelante al pago de las costas de la segunda instancia.

Con pérdida del depósito para recurrir.

Modo de impugnación: recurso de casación, siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudencialmente establecidos. El/los recurso/s se interpone/n mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano judicial dentro del plazo de VEINTE días.

Firme esta resolución, devuélvase el procedimiento al Juzgado de procedencia acompañando certificación de la misma, a los efectos pertinentes.

Pronuncian y firman esta sentencia los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.