



Roj: **SAP GI 1575/2025 - ECLI:ES:APGI:2025:1575**

Id Cendoj: **17079370012025100605**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **1**

Fecha: **11/06/2025**

Nº de Recurso: **1752/2024**

Nº de Resolución: **596/2025**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PABLO IZQUIERDO BLANCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Girona, núm. 1, 20-09-2024 (proc. 160/2021),
SAP GI 1575/2025**

Sección nº 01 Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.01)

Plaza Josep Maria Lidón Corbí, 1 - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972942368

FAX: 972942373

EMAIL:upsd.aps1.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1707947120218001450

Recurso de apelación 1752/2024 -1

Materia: Apelación mercantil

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Girona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 160/2021

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 1663000012175224

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

Beneficiario: Sección nº 01 Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.01)

Concepto: 1663000012175224

Parte recurrente/Solicitante: ESCORXADOR FRIGORIFIC REIXACH S.L.

Procurador/a: Esther Sirvent Carbonell

Abogado/a: ALBERT ABOS ARAGUAS

Parte recurrida: MARTINEZ COBO E HIJOS SL

Procurador/a: Miriam Verdaguer Crous

Abogado/a: NURIA ALQUEZAR SANCHEZ

SENTENCIA Nº 596/2025

Magistrados/Magistradas:

María Loreto Campuzano Caballero Rebeca González Morajudo



Pablo Izquierdo Blanco

Girona, 11 junio de 2025

La Sección primera de la Audiencia Provincial de Girona, formada por los/as Magistrado/as Maria Loreto Campuzano Caballero; Pablo Izquierdo Blanco actuando como ponente y Rebeca Gonzalez Morajudo, han visto el recurso de apelación núm. 1752/2024, interpuesto contra la sentencia dictada el día 20 de septiembre de 2024, dictada en sede de los autos de juicio ordinario núm. 160/2021 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Girona en el que es recurrente el demandante ESCORXADOR FRIGORIFIC REIXAC SL y apelado MARTINEZ COBO E HIJOS SL y previa deliberación pronuncia en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Se han recibido en esta sección los autos de juicio ordinario núm. 160/2021 remitidos por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Girona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por ESCORXADOR FRIGORIFIC REIXAC SL, representada por e/la Procurador/a de los Tribunales ESTHER SIRVENT CARBONELL contra la sentencia de fecha 20 de septiembre de 2024 y en el que consta como parte apelada MARTINEZ COBO E HIJOS SL representada por el/la Procurador/a de los Tribunales MIRIAM VERDAGUER CROUS

Segundo. El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso de apelación es el siguiente: *"Desestimo íntegramente la demanda presentada por ESCORXADOR FRIGORIFIC REIXAC SL, representada por e/la Procurador/a de los Tribunales ESTHER SIRVENT CARBONELL contra MARTINEZ COBO E HIJOS SL representada por el/la Procurador/a de los Tribunales MIRIAM VERDAGUER CROUS. Impongo a la parte actora el pago de las costas causadas en este proceso"*

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar el 11 junio de 2025.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente al Magistrado Pablo Izquierdo Blanco

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Planteamiento del litigio.

Se ejercita una acción de reclamación de cantidad, como indemnización de daños y perjuicios por importe de 51.581,04 euros, por parte del actor, al demandado, con fundamento; a) Principalmente, en el convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956, de **contrato** de transporte **internacional** de mercancías por carretera (Convenio CMR) y b) Subsidiariamente, en el 1902 del CC relativo a la culpa extracontractual, por mala diligencia del transportista en la gestión de la documentación relativa al transporte y, en concreto que el demandado y/o sus empleados o subcontratados no avisaron que la dirección de entrega de la orden de transporte no era la que indicaba el CMR y éste modificó y elaboró CMR que no se correspondían con la realidad.

Los hechos en los que se fundamenta la acción de reclamación de daños y perjuicios se refieren a:

1) En fecha 28 de abril de 2020 la parte actora, recibió un e-mail supuestamente enviado por la empresa DISTRIBUTION LEADER PRICE SNC pidiendo información sobre los productos cárnicos que comercializa y los precios de los mismos. Dicho e-mail estaba firmado por el Sr. Bienvenido . El mail estaba remitido desde DIRECCION000 . (Distribution Leader Price SNC es una gran empresa francesa de distribución que cuenta con 800 supermercados en Francia según la actora).

2) La actora remite la debida información vía e-mail sobre los productos que comercializa.

3) En fecha 4 de mayo de 2020 la actora recibió un pedido también supuestamente de DISTRIBUTION LEADER PRICE SNC, de 21.000 kg jamones de cerdo frescos, a razón de 2,40.- €/kg según cotización del momento, por un total de 50.400.-€. En la indicada correspondencia se indica que el comprador se hacía cargo del transporte. El correo contiene la dirección del comprador y se indica que el actor había efectuado las oportunas comprobaciones en relación a la empresa Distribution Leader Price SNC y la operación (impago de la factura) estaba asegurada por Crédito y Caución.

4) El actor preparó el pedido para que fuera recogido por la empresa transportista contratada por la compradora, la demandada MARTINEZ COBO E HIJOS SL que a su vez subcontrató a la empresa búlgara, THOSI TRANS, que fue quien realizó la recogida de la mercancía.



5) En el ejemplar del CMR de entrega figura como remitente el actor; como consignataria DISTRIBUTION LEADER PRICE SNC, y como lugar de entrega las instalaciones de dicha entidad sitas en ZI Route de Aubepierre de Grets-Armanvillers (Francia).

6) Al cabo de unos días recibió, también vía un e-mail, solicitud supuestamente de la empresa DISTRIBUTION LEADER PRICE SNC de una nueva cotización para un nuevo pedido. El actor le envió la información, con los nuevos precios que eran más altos (la cotización había variado) y, se recibe un mail confirmando el pedido con los nuevos precios por un importe total de 50.000.- €. El actor se extrañó de que el comprador no le pidiera explicaciones por la variación de precios y contactó directamente con la empresa DISTRIBUTION LEADER PRICE SNC en el lugar de entrega que consta en el CMR. Personal de la indicada empresa les comentó que no les constaba ningún pedido, que no habían recibido ningún pedido y, que la dirección de entrega del CMR se correspondía con unos almacenes de la empresa, pero que en los mismos no se almacenaba carne.

7) En ese momento, el actor fue consciente de que había sido objeto de una estafa y lo denunció a los MMEE.

La parte actora imputa al demandado: a) en primer lugar, la contravención de los arts. 1, 3, 11.3, 17.1 y 23 del convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956, de **contrato** de transporte **internacional** de mercancías por carretera (Convenio CMR) y b) Subsidiariamente, la contravención del art. 1902 del CC relativo a la culpa extracontractual, por mala diligencia del transportista en la gestión de la documentación relativa al transporte y, en concreto que el demandado y/o sus empleados o subcontratados no avisaron que la dirección de entrega de la orden de transporte no era la que indicaba el CMR en Francia, sino otra en Inglaterra, por lo que el demandado o sus subcontratados, modificaron y elaboraron un CMR que no se correspondían con la realidad.

La parte demandada, se opone a la demanda ejercitada y, con carácter previo alega la falta de legitimación activa del actor y, pasiva del demandado, *ad causam* por cuanto el actor carece de relación contractual con el demandado que le permita la aplicación del convenio CMR, toda vez que EXCORXADOR FRIGORIC REIXAC SL vende a DISTRIBUTION LEADER PRICE SNC (supuestamente) y, es dicho comprador quien contrata con MARTINEZ COBO E HIJOS SL, sin que existe relación contractual alguna entre el actor y el demandado, lo que al tiempo comporta que la base de reclamación del vendedor al transportista no pueda efectuarse sobre el convenio CMR, que regula las relaciones entre las partes que efectúan el **contrato** de transporte, que aquí no acontece.

Asimismo, se opone a la existencia de responsabilidad extracontractual por conducta negligente del demandado, en la gestión de la documentación del referido convenio o CRM, y especifica que la normativa no prohíbe que en la orden de transporte se indique una dirección de entrega distinta a la indicada en el CMR, sino que antes al contrario, es ello una práctica habitual permitida en derecho y conocida como "discreción comercial". Esto implica que, quien contrata el transporte, no quiere que las partes que cargan la mercancía y quien la reciba conozcan sus identidades y, por ello, en el CMR se hace constar una dirección de entrega y receptor diferentes al real. Indica el demandado que él tiene relación contractual con DISTRIBUTION LEADER PRICE SNC y se debía exclusivamente a las instrucciones impartidas por su cliente, por lo que si existió un cambio de destino de la mercancía, de forma que en lugar de entregarse en ZI Route de Aubepierre de Grets-Armanvillers (Francia) se entregó en Warehouse Distribution, Bentalls Business Park Pipshill Basildon SS14 3 BX Essex (Inglaterra), por indicación del comprador, a quien debe necesariamente obedecer el transportista.

Seguido el juicio por sus trámites, en fecha 20 de septiembre de 2024 se dicta sentencia por el juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Girona en la que se desestima la demanda, al acoger la excepción procesal de falta de legitimación activa y pasiva y, de falta de sometimiento de la relación *inter partes* convenio CMR por no haber concertado el actor relación contractual alguna con el transportista que permite la aplicación del art. 1 del indicado convenio, con imposición de las costas procesales a la parte actora

La sentencia de instancia no aborda la acción subsidiaria ejercitada por la parte actora, ni esta interesa tampoco el complemento de sentencia ex art. 215 de la LEC.

SEGUNDO. - Planteamiento del recurso

La representación procesal de la parte actora interpone recurso de apelación en escrito de fecha 4 de noviembre de 2024 frente a la sentencia de instancia reproduciendo todos los mismos argumentos expuestos en la demanda antes referenciados, indicando que, no se ha analizado en la instancia la acción subsidiaria por la misma ejercitada (incongruencia omisiva) relativa a la responsabilidad del demandado ex art. 1902 del CC por culpa extracontractual.

La parte apelada presentó escrito de fecha 26 de noviembre de 2024 de oposición al recurso de apelación de contrario y solicitó la confirmación de la sentencia de instancia por sus propios fundamentos, reproduciendo también los mismos argumentos expuestos en la contestación a la demanda.



TERCERO. - Resolución del recurso

1) Acción principal. Responsabilidad del demandado conforme al **Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (C. M. R.)**, hecho en Ginebra el 19 de mayo de 1956.

En relación con la acción principal entablada por la parte actora, la Sala coincide con el juez *a quo*, con relación a la estimación de las excepciones procesales de falta de legitimación activa y pasiva para el ejercicio de las acciones entabladas por el actor, así como la falta de acción por la inexistencia de relación contractual entre el actor y el demandado.

Como se indica en la sentencia de instancia, existe: a) un primer negocio jurídico, entre la parte actora y la empresa DISTRIBUTION LEADER PRICE SNC, de compraventa de productos cárnicos, suscrito en mayo del 2020, en términos "Ex Works" (EXW), por el que el comprador asume todos los costos y riesgos del transporte y otros gastos desde ese punto hasta el destino final y b) un segundo negocio jurídico, suscrito entre DISTRIBUTION LEADER PRICE SNC (cargadora y consignataria del pedido) y MARTINEZ COBOS E HIJOS S.L (que es la porteadora contractual de la mercancía) suscrito en fecha 8 de mayo del 2020.

De la documental aportada con la demanda y la prueba testifical practicada en el acto de juicio, no se evidencia la existencia de ningún vínculo contractual entre ESCORXADOR FRIGORÍFIC REIXACH SL y MARTINEZ COBO E HIJOS SL, lo que impide la declaración de responsabilidad del segundo en relación al primero sobre la base del **Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (C. M. R.)**, por cuanto el art. 1.1 del indicado convenio determina su aplicación a todo **contrato** de transporte de mercancías por carretera realizado a título oneroso por medio de vehículos, siempre que el lugar de la toma de carga de la mercancía y el lugar provisto estén situados en dos países diferentes, uno de los cuales al menos sea un país contratante, independientemente del domicilio y nacionalidad de las partes del **contrato**, que no es el caso de autos, en el que no existe relación contractual alguna entre el actor y el demandado y, ello comporta la estimación de la doble excepción procesal de falta de legitimación activa y pasiva, respectivamente entre las partes en litigio, ya que la relación *inter partes*, no está sometida al **contrato** de transporte y, no es de aplicación el convenio CMR.

Se desestima el primer motivo de la apelación.

2) Acción subsidiaria. Incongruencia omisiva. Responsabilidad del demandado conforme a la culpa extracontractual del 1902 del CC

El apelante indica que en la sentencia de instancia no se contiene ningún razonamiento sobre la acción subsidiaria por el mismo ejercitada, relativa a la responsabilidad del demandado conforme a la culpa extracontractual del 1902 del CC.

En primer lugar, debe ponerse de manifiesto que el apelante no interesó la aclaración y/o complemento de la sentencia de instancia cuando le fue notificada la misma y consideró que se habían omitido pronunciamientos en esta de sus alegaciones oportunamente deducidas en su escrito de demanda, lo que le priva ahora de invocar la incongruencia omisiva de la referida resolución, en el sentido expuesto, toda vez que el Tribunal Constitucional tiene reiteradamente declarado que (...) *conviene recordar que, para poder denunciar la concurrencia de incongruencia omisiva, lo que integraría un supuesto de infracción procesal cometido en la sentencia, era necesario que la parte recurrente hubiera formulado recurso de aclaración o de complemento de sentencia, y no lo ha hecho así. No puede admitirse la introducción de esa alegación en la alzada, como resulta de la aplicación de lo dispuesto en el art. 215 LEC . Dicho precepto otorga a las partes una vía para instar la subsanación de la incongruencia de la sentencia, por omisión de pronunciamiento, ante el mismo juez o tribunal que la dictó. Su utilización, como decimos, es requisito para denunciar la incongruencia de la sentencia en los recursos de apelación, conforme al art. 459 LEC , y extraordinario por infracción procesal, conforme al art. 469.2 LEC , de forma que la falta de ejercicio de la petición de complemento impide a las partes plantear por primera vez en el recurso devolutivo la incongruencia omisiva. Por todas, las SSTs de 20 de octubre de 2010 , de 29 de noviembre de 2011 , de 12 de junio y 20 de julio de 2015 , y de 14 de diciembre de 2017 . En particular, en la Sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2016 , (STS 614/2016) indica el TS que la denuncia de incongruencia omisiva (en el caso, por falta de respuesta a las peticiones subsidiarias) exige agotar los medios para su subsanación (petición de complemento de sentencia), causa de inadmisión del recurso que, en fase de decisión, es causa de desestimación. Precisa también que el Tribunal Constitucional ha afirmado en numerosas resoluciones que "la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos" (por todas, SSTC 32/2002, de 11 de febrero ; 204/2005, de 18 de julio ; 237/2006, de 17 de julio ; 7/2007, de 15 de enero ; 28/2011, de 14 de marzo ; 29/2011 de 14 de marzo ; 69/2011, de 16 de mayo ; y 200/2012, de 12 de noviembre)(...)*



La omisión procesal del complemento del auto por la parte ejecutada, en el plazo y forma previsto en el art. 215 LEC impide ahora al Tribunal entrar en esta alzada a analizar la causa de apelación contenida en el recurso interpuesto.

Ello no obstante, aún cuando sea *obiter dicta*, no hay inconveniente en indicar que el demandado ha sido objeto de una posible estafa por parte de terceros desconocidos, seguramente a través del método "phishing" o similar, a través del que terceros desconocidos se hacen pasar por personas de confianza, moviendo al interlocutor a realizar actos de disposición patrimonial en su perjuicio y beneficio del tercero, con la ignorancia de quien supuestamente contrata el servicio, que suele estar ajeno a la indicada operación, por cuanto se le ha suplantado la identidad.

La jurisprudencia menor esta plagada de resoluciones a través de las que se puede exigir responsabilidad a terceros intermediarios, que coadyuvan en la ejecución de la operación, conscientes o inconscientes, pero sobre la base de un primer presupuesto, como es que la negligencia que se exige en el usuario para que quede neutralizada la responsabilidad del proveedor ha de ser grave, es decir, no resulta suficiente con que dejara de observar una diligencia extrema. La negligencia que hace responder al cliente es la que se deriva de una conducta caracterizada por un grado significativo de falta de diligencia, lo que supone que la misma surge o se produce por iniciativa del usuario, no como consecuencia del engaño al que haya podido ser inducido por un delincuente profesional. Como parámetro del actuar negligente también cabrá acudir al art. 1.104 CC, que exige la diligencia asociada a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias personales, de tiempo y lugar. Ello destacándose la complejidad y grado de perfección que presenta en la actualidad el método de "phishing" de difícil detección por persona de formación media.

En el caso de autos, partimos de que el actor no es un consumidor, sino un profesional de la venta de productos cárnicos, que está acostumbrado según se evidencia de su dinámica operativa comercial, a aceptar pedidos importantes de dichos productos de empresas extranjeras, que valida por la mera apreciación de un correo electrónico que se les remite, sin llevar a cabo la comprobación de la operación (que no de la solvencia de la empresa compradora, su ubicación, importancia o aseguramiento), es decir, del remitente y de la autenticidad del encargo, especialmente si se trata de la primera operación que se realiza con el mismo y, acepta, tranquilamente, la remisión de un cargamento de productos cárnicos a Francia por valor de 50.000 euros, sin contratar al transportista, confiando en el pago de la mercancía, que se dice asegurada por crédito y caución.

Ciertamente, aún cuando a la fecha de la operación (mayo de 2020) estuviese el país sumido en las medidas restrictivas de circulación de personas por el COVID 19, parece lógico confirmar una operación de compra de un cliente **extranjero**, con el que no hay dinámica comercial previa, a través de una simple llamada telefónica, como efectivamente se efectúa, en el segundo pedido. Es decir, la diligencia esperable del actor, no se cumple en el caso de autos, relativa a la verificación de la operación a través de otros medios distintos al del mero correo electrónico remitido por el presunto comprador, como es la simple llamada telefónica o, la verificación del pedido con un correo directo a la empresa tercera y, no a través del hilo de la conversación, máxime en el momento actual, en el que las indicadas operaciones de estafa por suplantación de personalidad están a la orden del día y, los medios de comunicación alertan cada día, de las mismas y, de la conveniencia de desplegar la conducta personal diligente, necesaria, para comprobar la información que se ofrece.

En definitiva, se advierte en el actor, una dejación de observancia de la diligencia que le es propia, como ordenado comerciante que es, relativa a la previa comprobación de la operación con el comprador/cargador, al margen del hilo de correos remitidos, sea con un correo directo al mismo o con una simple llamada telefónica, como luego si efectivamente efectúa, Máxime, al evidenciarse de la operación realizada, que: a) El actor no contrata ni tiene relación con el transportista, (expedición Ex Work, con lo que ello implica a los efectos de control de la operación de destino de la mercancía final, que puede ser variada por el cargador en función de su conveniencia, al ser ello una práctica comercial habitual, que hasta el propio actor reconoce efectuar) y, b) el actor no tenía relación comercial previa con el comprador/cargador (por lo que ante una primera operación de compra, no verifica la realidad del cliente y/o operación).

Se desestima el segundo motivo de la apelación

CUARTO. - Costas de segunda instancia

De acuerdo con el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo la resolución desestimatoria del recurso de apelación, procede la imposición de las costas de segunda instancia a la parte apelante.

QUINTO. - Depósito.



De acuerdo con la Disposición Adicional Quince. 9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en la redacción del artículo 1.19 de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, siendo la resolución desestimatoria del recurso de apelación, procede la pérdida del depósito para recurrir prestado por la parte apelante.

Vistos los preceptos legales invocados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el/la Procurador/a de los Tribunales ESTHER SIRVENT CARBONELL en nombre y representación de ESCORXADOR FRIGORIFIC REIXACH SL contra la sentencia de fecha 20 de septiembre de 2024 dictada en sede de los autos de juicio ordinario núm. 160/2021 por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Girona, se confirma íntegramente la misma, con expresa imposición de las costas de segunda instancia a la parte apelante.

Se acuerda la pérdida del depósito para recurrir a la parte apelante.

La presente sentencia no es firme y contra ella puede interponerse recurso de casación por interés casacional fundado en infracción de norma procesal o sustantiva ante la Sala civil del Tribunal Supremo, o ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña si el recurso se funda, exclusivamente o junto a otros motivos, en la infracción de normas procesales o sustantivas del ordenamiento civil catalán, a interponer en cualquier caso por escrito presentado ante este tribunal en el término de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación, con acreditación documental de haber constituido el preceptivo depósito, salvo exención legal.

Firme la presente resolución, remítase testimonio de esta sentencia al Juzgado de procedencia, para su cumplimiento, con devolución de las actuaciones originales.

Así por esta nuestra resolución de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

Los/las Magistrados/as

Puede consultar el estado de su expediente en el área privada de sejudicial.gencat.cat

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales y que el tratamiento que pueda hacerse de los mismos, queda sometido a la legalidad vigente.

Los datos personales que las partes conozcan a través del proceso deberán ser tratados por éstas de conformidad con la normativa general de protección de datos. Esta obligación incumbe a los profesionales que representan y asisten a las partes, así como a cualquier otro que intervenga en el procedimiento.

El uso ilegítimo de los mismos, podrá dar lugar a las responsabilidades establecidas legalmente.

En relación con el tratamiento de datos con fines jurisdiccionales, los derechos de información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación se tramitarán conforme a las normas que resulten de aplicación en el proceso en que los datos fueron recabados. Estos derechos deberán ejercitarse ante el órgano judicial u oficina judicial en el que se tramita el procedimiento, y las peticiones deberán resolverse por quien tenga la competencia atribuida en la normativa orgánica y procesal.

Todo ello conforme a lo previsto en el Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, en la Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y en el Capítulo I Bis, del Título III del Libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.