

Roj: SAP PO 2136/2014 - ECLI:ES:APPO:2014:2136
Id Cendoj: 36057370062014100566
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Vigo
Sección: 6
Nº de Recurso: 251/2013
Nº de Resolución: 569/2014
Procedimiento: CIVIL
Ponente: EUGENIO FRANCISCO MIGUEZ TABARES
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00569/2014

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 de PONTEVEDRA

N01250

C/LALÍN, NÚM. 4 - PRIMERA PLANTA - VIGO

Tfno.: 986817388-986817389 Fax: 986817387

N.I.G. 36057 42 1 2008 0013368

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000251 /2013

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 10 de VIGO

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001171 /2008

Recurrente: BLUEMARINE FISH INTERNATIONAL

Procurador: MARIA MERCEDES GARCIA GOMEZ

Abogado: CARMEN CODES CID

Recurrido: ACHMEA SCHADEVERZEKERINGEN N.V., HOOGENDIJK IMPORT EXPORT B.V.

Procurador: JOSE ANTONIO FANDIÑO CARNERO

Abogado: LUIS ALBERTO GARCIA VILLAR

LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados JUAN MANUEL ALFAYA OCAMPO, Presidente; MAGDALENA FERNANDEZ SOTO y **EUGENIO FRANCISCO MIGUEZ TABARES**, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente

SENTENCIA núm. 569

En Vigo, a seis de octubre de dos mil catorce.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 006, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001171 /2008, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 10 de VIGO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000251 /2013, en los que aparece como parte apelante, , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. MARIA MERCEDES GARCIA GOMEZ, asistido por el Letrado D. CARMEN CODES CID, y como parte apelada, ACHMEA SCHADEVERZEKERINGEN N.V., HOOGENDIJK IMPORT EXPORT B.V. , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. JOSE ANTONIO FANDIÑO CARNERO, asistido por el Letrado D. LUIS ALBERTO GARCIA VILLAR.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D./D^a **EUGENIO FRANCISCO MIGUEZ TABARES**, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1^a Instancia núm. 10 de VIGO, con fecha 21.01.13, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

" ESTIMANDO INTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por "ACHHEA SCHADEVERZEKERINGEN N.V." Y "HOOGENDIJK IMPORT EXPORT B.V." frente a "BLUEMARINE FISH INTERNATIONAL S.L.", DEBO CONDENAR Y CONDENO a ésta a abonar a "ACHHEA SCHADEVERZEKERINGEN N.V." la cantidad de 92.447,38 #, y a "HOOGENDIJK IMPORT EXPORT B.V." en 5.187,08 #, más los intereses legales y costas."

.- Con fecha 29.01.13 se dictó *auto de aclaración* cuya parte dispositiva textualmente dice:

"SE ACLARA EL FALLO de la sentencia de fecha 21.01.2013 , en el sentido de que donde dice,

ESTIMANDO INTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por "ACHHEA SCHADEVERZEKERINGEN N.V." Y "HOOGENDIJK IMPORT EXPORT B.V." frente a "BLUEMARINE FISH INTERNATIONAL S.L.", DEBO CONDENAR Y CONDENO a ésta a abonar a "ACHHEA SCHADEVERZEKERINGEN N.V." la cantidad de 92.447,38 #, y a "HOOGENDIJK IMPORT EXPORT B.V." en 5.187,08 #, más los intereses legales y costas.

DEBE DECIR:

ESTIMANDO INTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por "ACHHEA SCHADEVERZEKERINGEN N.V." Y "HOOGENDIJK IMPORT EXPORT B.V." frente a "BLUEMARINE FISH INTERNATIONAL S.L.", DEBO CONDENAR Y CONDENO a ésta a abonar a "ACHHEA SCHADEVERZEKERINGEN N.V." la cantidad de 92.447,38 #, y a "HOOGENDIJK IMPORT EXPORT B.V." en 5.187,08 #, más los intereses legales desde la presentación de la demanda y costas."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, por el Procurador MERCEDES GARCIA GOMEZ, en nombre y representación de BLUEMARINE FISH INTERNATIONAL, se preparó y formalizó recurso de apelación que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria.

Una vez cumplimentados los trámites legales, se elevaron las presentes actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede Vigo, señalándose para la deliberación del presente recurso el día 2.10.14.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la sentencia de instancia se condenó a la sociedad "BLUEMARINE FISH INTERNATIONAL, S.L." a abonar a la entidad "HOOGENDIJK IMPORT EXPORT B.V." y a la compañía aseguradora "ACHMEA SHADEVERZEKERINGEN N.V." las sumas de 5.178,07 euros y 92.447,38 euros, respectivamente, con base en la compraventa de 2.500 cajas de filetes de bacalao congelado tipo Pacific, al encontrarse en mal estado la mercancía vendida, lo que conllevó la estimación de las pretensiones interesadas en la demanda.

La parte demandada recurre la citada sentencia invocando los siguientes motivos: falta de jurisdicción por sumisión a arbitraje; falta de legitimación activa de la compañía aseguradora ACHMEA; falta de legitimación activa de la entidad HOOGENDIJK; falta de responsabilidad de la demandada al tratarse de una venta en tránsito; y, subsidiariamente, moderación de la responsabilidad.

La parte actora al oponerse al recurso de apelación plantea como cuestión previa la inadmisibilidad del recurso de apelación por falta de alegación de los pronunciamientos de la sentencia que se impugnan y por pago de la tasa judicial una vez precluido el plazo de subsanación concedido para su abono.

SEGUNDO.- Con carácter previo debemos examinar las alegaciones efectuadas por la parte demandante cuya estimación implicaría la inadmisión del recurso de apelación. Así se indica que debía inadmitirse el mismo por infracción del art. 458-2 LEC al no expresar los pronunciamientos que se impugnan. El citado precepto dispone que en la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Del examen del escrito de interposición del recurso de apelación cabe concluir que concurren los presupuestos

exigidos en el citado art. 458-2 LEC , ya que en el escrito se concretan de forma separada los distintos motivos de impugnación, se argumentan las razones por las cuales se impugna el pronunciamiento condenatorio al pago declarado en la sentencia de instancia y en el suplico se solicita la estimación del recurso. No existe duda alguna, entonces, de cuáles son los motivos de impugnación y las alegaciones que sobre los mismos efectúa la parte recurrente; de hecho la parte actora rebate cada uno de ellos al formular su escrito de oposición al recurso interpuesto de adverso.

Se alega asimismo que la parte demandada ha efectuado el pago de la tasa judicial una vez precluido el plazo de subsanación concedido para su abono; sin embargo del examen de los autos se comprueba que con fecha 8 de marzo de 2008 se dictó diligencia de ordenación (notificada a las partes el mismo día) en la que, previamente a la admisión del recurso de apelación contra la sentencia, se requirió a la parte a fin de que en cinco días aportase poder, tasa y depósito. Dentro del plazo indicado se otorgó el poder apud acta, se ingresó el depósito y se presentó escrito solicitando la suspensión del plazo para abonar la tasa al tener que efectuarse vía telemática y no disponer la página web de la Agencia Tributaria de impresos actualizados. Mediante nueva diligencia de ordenación de fecha 20 de marzo de 2013 (notificada a las partes el 2 de abril de 2013) se otorgó un nuevo plazo de cinco días y con fecha 5 de abril, por lo tanto dentro del nuevo plazo concedido, se presentó escrito con el justificante del ingreso de la tasa, por lo que se admitió el recurso de apelación. Ciertamente la diligencia de ordenación de 8 de marzo de 2013 no fue recurrida, pero tampoco lo fue la posterior de 20 de marzo de 2013 que otorgaba un nuevo plazo a la parte recurrente y toda vez que tanto el pago de la tasa como su acreditación ante el juzgado se efectuó dentro del nuevo plazo otorgado es por lo que cabe considerar realizada la subsanación en plazo, tal y como establece el art. 8-2 de la Ley 10/2012 .

De lo expuesto cabe concluir la corrección en la admisión a trámite del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

TERCERO.- Una vez desestimada la alegación previa planteada por la parte demandante en su escrito de oposición al recurso de apelación, resulta procedente entrar a analizar los distintos motivos de impugnación planteados por la parte demandada.

En primer lugar se opone falta de jurisdicción por sumisión a arbitraje. Dicha cuestión fue planteada a través de la oportuna declinatoria que fue desestimada por auto de 25 de junio de 2009. Contra dicha resolución desestimatoria la parte demandada formuló recurso de reposición, de conformidad con lo establecido en el art. 66-2 LEC , que fue igualmente desestimado, pero al reproducir en el recurso de apelación la alegación de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje no se trasladó de forma concreta la petición al suplico de dicho escrito.

En todo caso, entrando a analizar la cuestión procesal planteada, debemos ratificar el pronunciamiento efectuado por la juez a quo, ya que la única remisión a arbitraje se realiza en la factura aportada como documento nº 3 de la demanda, pero dicho documento ha sido confeccionado de forma unilateral por la entidad "BLUEMARINE FISH INTERNATIONAL, S.L." y no consta documento alguno suscrito por ambos contratantes que contenga el acuerdo de sumisión a arbitraje. Así el art. 9- 1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje establece que el convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual; y el apartado 3 del citado precepto precisa que el convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Es decir debe existir constancia fehaciente de la correlativa voluntad de sumisión a arbitraje por parte de ambos contratantes, con el fin de someter al mismo la interpretación del contrato, lo que aquí no acontece.

La denominada Corte de Arbitraje de Vigo existe, pues es una institución integrada dentro de la Cámara de Comercio de Vigo para la administración de los procedimientos arbitrales de derecho y/o de equidad que ante la misma se susciten, pero como se afirma en la STC núm. 9/2005 , el arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento, por lo que debe existir una voluntad clara de ambos contratantes en tal sentido, lo que, como ya hemos afirmado, no concurre en este caso.

CUARTO.- El segundo motivo de impugnación de la sentencia es por no haber apreciado falta de legitimación activa de la compañía aseguradora ACHMEA. Esta ejercita la acción con base en el pago de

la indemnización que efectuó a su asegurado en virtud de la póliza de seguros concertada entre ambas entidades.

La STS Sala 1ª, de 19 de noviembre de 2013 al analizar el art. 43 LCS establece: "Fundamento de la subrogación prevista en el artículo 43 LCS : Dice el art. 43 de la LCS : "el asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización". La doctrina centra el fundamento de la subrogación legal del asegurador sobre las siguientes bases. Primera, evitar que el asegurado que, como consecuencia del siniestro, tiene una doble vía de resarcimiento del daño (contra el asegurador y contra el causante del daño), pueda enriquecerse ejercitando ambos derechos (el principio indemnizatorio a que se refiere el art. 26 LCS); segunda, impide que el tercero responsable se vea libre de su obligación de resarcir el daño por la protección que obtiene el asegurado merced al contrato de seguro; tercera, supone un beneficio para el asegurador, pero también para el asegurado en la medida en que el primero obtiene unos recursos que le favorecen una mejor explotación del negocio y el segundo no verá incrementada la prima que, en caso de insolvencia del responsable del daño, debiera soportar".

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

Resulta probado que la entidad HOOGENDIJK tenía concertada con la compañía ACHMEA un seguro de transporte y en base al mismo esta indemnizó a aquella en la suma de 92.447,38 euros correspondiente al coste de peritaje y al valor de la mercancía, adquirida por la entidad asegurada a la sociedad demandada BLUEMARINE, que tuvo que ser destruida por el mal estado en que se encontraba, lo que la hacía inhábil para el consumo. La acción ejercitada por ACHMEA tiene su base en la acción subrogatoria del art. 43 LCS e incluso en la de repetición, con base en la subrogación prevista en el art. 1210 Cc tal y como alegó en el proceso la parte actora, ya que la aseguradora, después de haber satisfecho la indemnización a su asegurado, reclama contra la entidad responsable del daño para recuperar las cantidades pagadas, y la reclamación que efectúa tiene su base en el derecho de crédito que inicialmente ostentaba el asegurado.

La parte recurrente alega que la póliza concertada entre las entidades demandantes no cubría el siniestro que sirvió de base a la indemnización. En el contrato de seguro concertado entre los actores se hace constar que las mercancías aseguradas "son todas las mercancías con las que el tomador del seguro realiza operaciones comerciales, que consisten primordialmente en pescado congelado...incluidas las partidas dañadas". Dentro del ámbito de cobertura se incluye "la permanencia en Europa Occidental de la mercancía durante un período máximo de 60 días tras su descarga en un puerto de Europa Occidental", pero cabe señalar que la mercancía no fue transportada desde China a Rotterdam por cuenta de la entidad HOOGENDIJK, sino que se hallaba depositada en esta última localidad cuando se llevó a cabo la compraventa y se produjo el siniestro. No obstante hay que tener en cuenta que en el contrato de seguro existe una "cobertura adicional" relativa a la "naturaleza y vicios de las mercancías" en virtud de la cual se cubre el daño o pérdida "como consecuencia de la naturaleza y de los vicios de las mercancías aseguradas" si ha sido causado por "la falta de funcionamiento o una deficiencia en la instalación de refrigeración/congelación siempre que se prolongue durante un período de tiempo superior a seis horas consecutivas".

La interpretación realizada por la aseguradora y la asegurada de dichas cláusulas dieron lugar a que la aseguradora considerase que el siniestro era objeto de cobertura, razón por la cual abonó a su asegurado la indemnización correspondiente. No cabe entonces impugnar por un tercero la interpretación del contrato realizada por los obligados por el mismo, pues no cabe oponer como falta de legitimación activa frente al ejercicio de la acción subrogatoria de una aseguradora el que la misma haya efectuado una interpretación no restrictiva de los términos del contrato concertado con su asegurado.

La parte recurrente invoca también la inexistencia del carácter aleatorio que debe existir en el contrato de seguro, porque cuando la actora adquirió el pescado ya se encontraba dañado; sin embargo el riesgo existía al desconocer tanto la aseguradora como el asegurado tal extremo.

La parte demandada no niega la existencia de la pérdida de la mercancía que fue objeto del contrato de compraventa entre BLUEMARINE y HOOGENDIJK, ni la causa de tal hecho, y consta en las actuaciones el abono por la aseguradora ACHMEA a su asegurado de la indemnización correspondiente al coste de peritaje y al valor de la mercancía, según resulta de los documentos 3 y 14 de la demanda, al haber reconocido la entidad HOOGENDIJK haber percibido ambos importes.

La legitimación activa de la entidad "ACHMEA SHADEVERZEKERINGEN N.V." deja sin virtualidad la impugnación de la falta de legitimación activa de la entidad "HOOGENDIJK IMPORT EXPORT B.V." respecto a la petición subsidiaria contenida en el suplico de la demanda para el caso de que no se hubiese apreciado la procedencia de la subrogación efectuada por la aseguradora. Únicamente apuntar que la entidad HOOGENDIJK no puede reclamar la totalidad de la indemnización solicitada en la demanda ya que conllevaría un enriquecimiento injusto puesto que reconoce que ya ha percibido 92.447,38 euros de su aseguradora a consecuencia del siniestro.

QUINTO.- La parte recurrente alega también la falta de responsabilidad de la demandada al tratarse de una venta en tránsito.

Resulta plenamente acreditado, pues es cuestión no controvertida por las partes litigantes, que la partida de filetes de bacalao congelado tipo Pacific fue adquirida por BLUEMARINE y tras obtener, con fecha 8 de septiembre de 2006, los certificados sanitarios correspondientes por las autoridades de China fue transportada desde el puerto de Dalian (China) hasta el puerto de Rotterdam adonde llegó el 21 de octubre de 2006. En el certificado sanitario de origen se hace constar que la temperatura requerida de almacenamiento y transporte es de -18°C. En el mes de diciembre de 2006 la mercancía fue vendida por BLUEMARINE a HOOGENDIJK, dando lugar a la emisión de la factura correspondiente (fecha del 22 de diciembre de 2006) por el precio de 90.750 euros, que fue abonado por la compradora a la vendedora. Con fecha 23 de enero de 2007 cuando se procedió a levantar el contenedor de la terminal se comprobó que salía agua de su interior, por lo que fue sometido a inspección tras la que se dictaminó el mal estado de la partida, que fue rechazada y se acordó su destrucción. En el informe pericial elaborado por EVH Surveys International BV y que ha sido aportado como documento nº 10 de la demanda se dictamina que la unidad de refrigeración había estado operando normalmente desde el inicio, a principios de septiembre, hasta el 21 ó 22 de octubre de 2006, fecha en que el contenedor se encontraba ya en Rotterdam, pues en dicho instante el suministro eléctrico en la unidad refrigeradora se paró y dejó de proporcionar electricidad.

La parte recurrente alega que nos encontramos ante una venta en tránsito, ya que se ha producido la venta de la mercancía que está viajando o que aún no ha alcanzado su destino final, por lo que en dicho caso conforme a lo establecido en el art. 68 de la Convención de Viena de 1980 el riesgo de pérdida de las mercancías lo asume el comprador desde la celebración del contrato y en determinados casos desde el momento en que comenzó el transporte de la mercancía. Considera asimismo que se trata de una venta en condiciones "C&F", tal y como se hace constar en la factura proforma emitida, que fue abonada sin formular objeción por la entidad compradora, en la que se transmite el riesgo de la pérdida al comprador desde el momento en que la mercancía se entrega en el puerto de origen al buque porteador. No obstante la juez a quo afirma que no consta negociación o conocimiento por parte de HOOGENDIJK relativo a dicha cláusula, transmisión del riesgo y sus consecuencias, sin que tal pronunciamiento haya sido impugnado ni rebatido por la parte recurrente, por lo que la mera inclusión de la mención "CF" en términos de entrega no implica la asunción del riesgo por la compradora demandante desde que se entregó la mercancía a la porteadora, pues en dicho instante no había adquirido aún la citada mercancía.

Como correctamente se señala por la juez a quo, la cláusula CIF significa (INCOTERMS versión 2000) que el vendedor realiza la entrega cuando la mercancía sobrepasa la borda del buque en el puerto de embarque convenido, de modo que debe responder hasta ese momento de los riesgos de pérdida o daño de dicha mercancía (así por todas STS Sala 1ª de 15 de julio de 2011), asumiendo desde entonces el riesgo el comprador. Sin embargo, en base a los hechos probados antes relatados, no existe duda que nos encontramos ante una pérdida de la cosa que no se produjo tras iniciarse el transporte marítimo desde China hasta Rotterdam, sino que acaeció una vez que la mercancía ya había sido descargada en puerto y se encontraba depositada en la terminal portuaria.

Cuando se efectuó la venta el producto ya presentaba los vicios que la hacían inhábil para el consumo, resultando de aplicación la Convención de Viena 11 de abril de 1980 de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, que dio lugar al Instrumento de adhesión de 17 de julio de 1990 de España (publicado en BOE 26/1991, de 30 de enero de 1991). En la STS Sala 1ª, de 17 de enero de 2008 se afirma que "El régimen del contenido obligacional de los contratos sometidos al ámbito de

aplicación de la Convención se regula en su parte primera, cuyo capítulo primero se abre con la declaración contenida en el artículo 25, conforme al cual, el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación. El sistema de la Convención, que se acomoda a los principios inspiradores del common law, distingue entre el incumplimiento esencial y el incumplimiento que pudiera ser calificado como accesorio, que, o bien no produce perjuicios apreciables, o bien produce perjuicios que pueden resolverse con una reparación y subsanación de los defectos, con una indemnización o con una reducción del precio (artículos 25, 45, 46, 47, 48, 49, 50 y 51).

El incumplimiento esencial responde a la regla, traída del derecho anglosajón, del fundamental breach of contract, sin traducción exacta en los derechos continentales, y de él deriva un sistema de responsabilidad contractual que gira en torno a un criterio de imputación de tipo objetivo, pero atenuado por excepciones -que se identifican con lo que en el derecho interno conforman los supuestos de caso fortuito y la fuerza mayor- y por un parámetro de razonabilidad (artículo 25, in fine). El régimen convencional se integra con las disposiciones relativas a las obligaciones del vendedor -entrega de las mercaderías, artículos 31 y siguientes, y saneamiento, artículo 46 -, y del comprador -pago del precio y recepción de las mercaderías, artículos 53 y siguientes-, con las referidas a los respectivos derechos y acciones en caso de cumplimiento por la parte contraria -artículos 45 y siguientes, y 51 y siguientes, respectivamente-, a su vez complementadas con las normas reguladoras del sistema de transmisión de riesgos - artículos 66 y siguientes-, y con las disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y comprador contenidas en el capítulo V".

En el presente caso no existe duda de que nos encontramos ante un incumplimiento esencial, ya que se ha producido la pérdida total de la cosa vendida. El art. 35-1 de la citada Convención afirma que el vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato; y el apartado 2 precisa que salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos: a) Que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinan mercaderías del mismo tipo. El art. 35-3 establece que el vendedor no será responsable, en virtud de los apartados a) a d) del párrafo precedente, de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato; por el contrario el art. 36-1 dispone que el vendedor será responsable, conforme al contrato y a la presente Convención, de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta sólo sea manifiesta después de ese momento.

La Convención regula la transmisión del riesgo en el Capítulo IV y así, con carácter general el art. 66 declara que la pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a éste de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor.

Por lo tanto la asunción del riesgo por parte del comprador se produce cuando la pérdida de la mercancía tiene lugar tras su recepción; en el presente caso desde el momento en el que se llevó a cabo la compraventa en diciembre de 2006. Sin embargo la pérdida se había producido en el mes de octubre de 2006, con anterioridad pues a la formalización de la compraventa entre los litigantes. El ya citado art. 35-3 dispone que no responde el vendedor de la falta de conformidad de la mercancía vendida si el comprador conociera o no hubiera podido ignorar tal hecho en el momento de la celebración del contrato, circunstancias estas que no concurren en el presente supuesto. Como ya dijimos, el principio general viene establecido en el art. 36-1, conforme al cual el vendedor será responsable de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta sólo sea manifiesta después de ese momento, lo que aquí sí acontece.

Como hemos señalado, la parte recurrente aduce que nos encontramos ante una venta en tránsito a la que resulta aplicable el art. 68 de la Convención; no obstante reiteramos que la venta se llevó a cabo cuando la mercancía se encontraba depositada en Rotterdam y aunque el destino final iba a ser inicialmente Manchester, según resulta de la documentación obrante en autos, lo cierto es que la entidad que figura en las certificaciones sanitarias de las autoridades de China como consignataria con sede en aquella ciudad, no fue finalmente la compradora que sufrió el perjuicio por la destrucción de la mercancía; de haberlo sido no existe duda de que sí se trataría una venta en tránsito. En todo caso procedemos a examinar la aplicabilidad del art. 68 citado, que dispone que "el riesgo respecto de las mercaderías vendidas en tránsito se transmitirá al comprador desde el momento de la celebración del contrato". El precepto añade que, "no obstante, si así resultare de las circunstancias, el riesgo será asumido por el comprador desde el momento en que las

mercaderías se hayan puesto en poder del porteador que haya expedido los documentos acreditativos del transporte". Pero finaliza con la siguiente declaración: "Sin embargo, si en el momento de la celebración del contrato de compraventa el vendedor tuviera o debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías habían sufrido pérdida o deterioro y no lo hubiera revelado al comprador, el riesgo de la pérdida o deterioro será de cuenta del vendedor". De lo expresado cabe concluir que, aun cuando sí nos encontrásemos ante una venta en tránsito, cabe imputar al vendedor la negligencia relativa al estado defectuoso de la mercancía en el momento de la formalización del contrato, ya que pudo tener conocimiento del mismo si hubiese desplegado una mínima diligencia en la comprobación de que el sistema de refrigeración funcionaba correctamente, ya que se presume que la mercancía, como no puede ser de otra manera, se vende en correcto estado para el uso al que va a ser destinada, en este caso el consumo humano.

Resulta irrelevante a los efectos del presente litigio las eventuales responsabilidades que puedan predicarse de terceras personas o entidades ajenas a esta litis, ya que en este proceso únicamente se dilucida la responsabilidad derivada del incumplimiento por la demandada del contrato concertado con la actora, con la consiguiente indemnización resultante de tal hecho.

SEXTO.- Por último se solicita la moderación de la responsabilidad con base en el art. 1103 Cc. El citado precepto dispone que la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos.

Cuando la responsabilidad tiene su fundamento en la culpa o en la negligencia se faculta al órgano jurisdiccional para rebajar la cuantía indemnizatoria atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso. Y, entre esas circunstancias a tener en cuenta en cada caso por el órgano jurisdiccional, se encuentra la culpa o negligencia del perjudicado, que puede dar lugar a una rebaja de la cuantía indemnizatoria pues no debe olvidarse que la responsabilidad civil no constituye un sistema de aseguramiento universal que permita a todos quienes han sufrido un daño obtener una compensación, independientemente del origen del mismo (STS de 14 de noviembre de 2005). La parte recurrente alega que el tenedor del conocimiento de embarque era la compradora, por lo que únicamente era ella la que podía dirigir su reclamación frente a la naviera dentro de los plazos previstos y al no haberlo hecho perjudicó el eventual derecho de reclamación que pudiera existir frente a los responsables directos de los daños; sin embargo no se ha probado que deba imputarse al porteador la negligencia generadora de los daños, siendo esa una cuestión no debatida en este procedimiento; y cabe señalar que no se aprecia actuación negligente por parte de la compradora desde el mismo instante en que si la vendedora hubiese abonado la indemnización en su día se habría subrogado en los derechos y acciones correspondientes. No podemos obviar que con la demanda se aporta como documento nº 15 los emails de 30 y 31 de enero de 2007 entre vendedora y compradora en los que la representante de aquella manifiesta la intención de devolver a la compradora a la mayor brevedad posible el precio pagado por la mercancía.

Como ya hemos indicado en el fundamento jurídico anterior, cuando se vendió la mercancía ya se encontraba en mal estado, lo que es imputable en todo caso a la vendedora, sin que quepa imputar negligencia alguna a la compradora pues aquella se encontraba depositada en el interior de un contenedor precintado; no existe así justificación para moderar la indemnización correspondiente.

a considerar probada la existencia de un pago por parte de es concluyente ni justificativa nización de compraventa y los pagos. Debemos, por todo lo relatado, desestimar el recurso interpuesto por la parte demandada y confirmar la sentencia dictada en la instancia.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo prevenido en los arts. 394 y 398 LEC cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación se impondrán las costas a la parte apelante, salvo que presentase serias dudas de hecho o de derecho.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña Mercedes García Gómez, en nombre y representación de la sociedad "BLUEMARINE FISH INTERNATIONAL, S.L.", contra la sentencia de fecha 21 de enero de 2013 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Vigo, confirmamos la misma, con imposición a la parte apelante de las costas procesales causadas.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación para el caso de que se acredite interés casacional o, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, en base a lo establecido en el art. 477 LEC , debiendo interponerse dentro de los veinte días siguientes a su notificación en la forma establecida en el art. 479 LEC .

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ