

LA PRUEBA DEL DOLO O CULPA EQUIVALENTE DEL PORTEADOR EN LOS CASOS DE MERCANCÍAS ROBADAS O EXTRAVIADAS*

Fernando Juan y Mateu

Profesor Titular de Derecho Mercantil
Instituto de Derecho del Transporte (IDT)
Universitat Jaume I de Castellón

RESUMEN

La mayoría de regulaciones del transporte prevén que el porteador pierda el beneficio de limitación cuantitativa de responsabilidad cuando los daños a la mercancía resulten de una actuación dolosa o con un grado de culpa equivalente. Sin embargo, para el demandante puede resultar muy difícil o prácticamente imposible probar que existió dicho comportamiento, sobre todo cuando las mercancías se han extraviado o han sido robadas. Con el fin de aligerar la carga de la prueba, los tribunales pueden llegar a admitir que ha existido dolo o culpa equivalente basándose en determinados indicios verosímiles. El presente artículo se dedica precisamente a analizar los indicios que reciben más atención por la jurisprudencia española, como la falta de explicaciones sobre la desaparición de la carga, la existencia de defectos estructurales en la empresa del porteador, o la falta de cooperación procesal, entre otros.

Palabras clave: responsabilidad del porteador, pérdida del beneficio de limitación de responsabilidad, actuación temeraria y consciente, carga de la prueba.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA REGLA SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA.—III. LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA REGLA POR LOS TRIBUNALES: 1. Fundamento. 2. Presupuestos: 2.1. La dificultad probatoria del demandante. 2.2. La facilidad probatoria del demandado. 2.3. Los indicios verosímiles de dolo o culpa equivalente. 3. Consecuencias: 3.1. La tesis alemana de la «carga de esclarecimiento procesal». 3.2. La inversión de la carga de la prueba en la jurisprudencia española.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

* Fecha de recepción del trabajo: 21/09/2015. Fecha de aceptación del trabajo: 24/11/2015.

El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación coordinado «La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: competencia, liberalización y responsabilidad» (Ref. DER2012-37543-C03-01), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (investigadora responsable: M.^a V. PETIT LAVALL).

The proof of the carrier's wilful misconduct in the case of lost cargo

ABSTRACT

According to most transport regulations, the carrier is deprived of the right to limit the amount of his liability if damage to the cargo results from intention or an equivalent degree of fault. However, the burden of proof placed on the claimant can be nearly a «probatio diabolica», especially when the cargo gets lost. In order to ease this heavy burden, courts usually accept that circumstantial evidence may be sufficient for a finding of willful misconduct. This paper focuses on some of the circumstances which are more frequently considered in Spanish case law, such as the lack of explanation, the carrier's inadequate organizational structure or the failure to comply with the procedural cooperation duty, among others.

Keywords: carrier's liability, loss of the right to limited liability, willful misconduct, burden of proof.

SUMMARY: I. INTRODUCTION.—II. THE RULE OF THE BURDEN OF PROOF.—III. THE EASING OF THE RULE IN CASE LAW: 1. Justification. 2. Conditions: 2.1. The plaintiff's difficulty of proof. 2.2. The defendant's facility of proof. 2.3. The credible evidence of willful misconduct. 3. Consequences: 3.1. The german thesis of the «burden of procedural explanation». 3.2. The reversal of the burden of proof in Spanish case law.—IV. CONCLUSIONS.—V. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad del porteador por pérdida o averías está sujeta a límites cuantitativos que, sin embargo, se pueden superar cuando el daño a las mercancías resulte de una actuación en que intervenga dolo o una culpa especialmente cualificada. Este principio se consagra, con diferentes matices, en casi todas las regulaciones del contrato de transporte, tanto internacionales¹ como españolas².

¹ *Vid.*, por ejemplo, en el transporte por carretera, el art. 29 del Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR), hecho en Ginebra el 19 de mayo de 1955; en el ferroviario, el art. 36 de las Reglas Uniformes relativas al contrato de transporte internacional por ferrocarril de mercancías (RU CIM), que figuran como Apéndice B del Convenio relativo a los transportes internacionales por ferrocarril (COTIF) de 9 de mayo de 1980, modificado por el Protocolo de 3 de junio de 1999; y en el marítimo, el art. 4.5.e) del Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque, firmado en Bruselas el 25 de agosto de 1924, en versión del Protocolo de 23 de febrero de 1968 (Reglas de La Haya-Visby —RHV—); art. 8 del Convenio de las Naciones Unidas sobre transporte marítimo de mercancías, hecho en Hamburgo el 31 de marzo de 1978 (Reglas de Hamburgo —RHAM—) y art. 61 del Convenio de Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo, aprobado el 11 de diciembre de 2008 (Reglas de Rotterdam —RR—) (no en vigor). Además, para el transporte multimodal, *vid.* el art. 21 del Convenio de las Naciones Unidas sobre transporte multimodal internacional de mercancías de 1980 (CTM) (no en vigor).

² *Vid.* art. 62 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías (LCTM); art. 282.4 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (LNM); y art. 121 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea (LNA).

Se trata de una regla que entronca con la máxima del Derecho romano *fraus omnia corrumpit*⁵, viene impuesta por la buena fe y el orden público⁴, y concuerda con la norma del Derecho civil por cuya virtud toda acción dolosa conlleva un resarcimiento total del daño (*vid.* arts. 1.102 y 1.107 CC)⁵. Además, incentiva al porteador a desarrollar diligentemente su actividad y, por tanto, disminuye la probabilidad de incumplimiento⁶. Como excepción, el régimen del transporte aéreo internacional contempla una responsabilidad del porteador absolutamente limitada⁷.

Los textos legales recurren a distintas fórmulas para definir el *comportamiento del porteador* que determina la obligación de indemnizar sin límites. Aunque esté claro que una actuación dolosa es suficientemente reprobable como para excluir el beneficio de la limitación, las dudas surgen cuando se trata de decidir si conductas negligentes más o menos próximas al dolo pueden generar efectos si-

⁵ H. JESSER-HUSS, en *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Bd. 7, 3.ª ed., München, C. H. Beck-Vahlen, 2014, art. 29 CMR núm. marg. 1; F. MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera*, Granada, Comares, 2002, p. 513.

⁴ A. SÁNCHEZ ANDRÉS, «Artículo 1602», en PAZ-ARES, DIEZ-PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR (dirs.), *Comentario del Código civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 1219-1224, en p. 1223; I. ESCUIN, *La limitación de la deuda indemnizatoria del porteador marítimo*, Granada, Comares, 2006, p. 79; *id.*, «Valoración del daño y de la suma indemnizatoria: la limitación de responsabilidad del porteador ferroviario», en EMPARANZA y RECALDE (dirs.), *El contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril*, Madrid, Civitas, 2008, pp. 261-280, en p. 277.

⁵ F. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de transporte marítimo de mercancías*, 2.ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2010, p. 491; I. ESCUIN, *La limitación...*, *op. cit.*, p. 79; *id.*, «Valoración...», *op. cit.*, p. 277.

⁶ F. MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador...*, *op. cit.*, p. 514; I. ESCUIN, «Valoración...», *op. cit.*, p. 277.

⁷ El art. 22.3 del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999 (Convenio de Montreal —CM—) prevé un régimen de responsabilidad limitada del porteador *incluso mediando dolo* por daños a la carga (no a pasajeros o equipajes). La ruptura en este punto con el anterior Convenio de Varsovia, así como con la entera tradición del Derecho del transporte se ha justificado con varios argumentos: primero, abarata los costes del transporte al reducir la litigiosidad y simplificar los procesos judiciales (entre otras cosas, porque evita los problemas relacionados con conceptos como la «culpa temeraria y consciente» que a menudo se interpretan diversamente en cada jurisdicción); segundo, es un contrapeso para la responsabilidad objetiva del transportista aéreo (art. 18.1 CM); tercero, el cargador puede efectuar una declaración de valor (art. 22.3 CM), o pactar un límite superior o incluso que se elimine el tope indemnizatorio (art. 25 CM); y cuarto, el cargador, que además será normalmente un empresario, puede recurrir igualmente a la contratación de un seguro (*vid.* F. REUSCHLE, *Montrealer Übereinkommen*, 2.ª ed., Berlin, Walter de Gruyter, 2011, pp. 522-523). Sin embargo, este régimen también ha sido criticado porque «no es lo mismo una actuación negligente que una actuación dolosa o con culpa equiparable al dolo» (M.ª V. PETIT, *La responsabilidad por daños en el transporte aéreo internacional de mercancías*, Granada, Comares, 2007, p. 127), produce un «favorecimiento desproporcionado» de las compañías aéreas (J. DE PAZ, *La responsabilidad en el transporte aéreo internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 258) e instituye el «robo con responsabilidad limitada» (E. RUHWEDEL, «Haftungsbegrenzung und deren Durchbrechung im Luftrecht oder: Die absolute Beschränkung der Haftung bei Schäden an Luftfrachtgütern», *TranspR*, 2004, pp. 137-141, en p. 138). Además, el dato de que el tope indemnizatorio sea mayor que, por ejemplo, en el transporte por carretera (17 DEG/kg según el art. 22.3 CM frente a 8,33 DEG/kg conforme al art. 23.3 CMR) tampoco es un consuelo para el derechohabiente porque las mercancías en el transporte aéreo suelen ser más valiosas, como señalan E. RUHWEDEL, *loc. cit.*; W. MÜLLER-ROSTIN, «Die Unverbrüchlichkeit der Haftungsgrenzen bei Frachtschäden im Montrealer Protokoll Nr. 4 und im Montrealer Übereinkommen von 1999», en SCHACHTSCHNEIDER, PIPER y HÜBSCH (Hrsg.), *Transport - Wirtschaft - Recht. Gedächtnisschrift für Johann Georg Helm*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, pp. 228-241, en p. 232.

milares⁸. En la práctica se observan básicamente tres versiones⁹. La más sencilla, al menos para los juristas de *civil law*, incluye *dolo y culpa grave*¹⁰. Otra variante, utilizada en algunos textos de Derecho internacional, pero que sin embargo compromete la uniformidad del régimen del transporte, contempla el *dolo o falta equiparada al dolo por la ley del tribunal que conozca de la reclamación*¹¹. En fin, la fórmula más extendida en la actualidad se refiere a un comportamiento *con intención de causar daño, o con temeridad y consciencia de que el daño probablemente se causaría*¹². A todo ello cabría añadir otras definiciones menos ortodoxas, como la «actuación dolosa o con una infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido que produzca daños que, sin ser directamente queridos, sean consecuencia necesaria de la acción»¹³. Por otro lado, algunas normativas prevén que el porteador también perderá el beneficio de limitación de responsabilidad por un *comportamiento de sus auxiliares* que sea doloso o implique una culpa cualificada¹⁴, mientras que otras regulaciones guardan silencio al respecto y generan inseguridad jurídica¹⁵.

⁸ I. ESCUIN, «Valoración...», *op. cit.*, p. 277.

⁹ *Vid.* la clasificación de S. ZUNARELLI, «La decadenza del vettore dal beneficio della limitazione della responsabilità», en AA.VV., *Il limite risarcitorio nell'ordinamento dei trasporti*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 133-151, en pp. 134-135, adoptada también por A. ZAMPONE, *La condotta temeraria e consapevole nel diritto uniforme dei trasporti*, Milano, CEDAM, 1999, pp. 7-12.

¹⁰ Este era el caso, por ejemplo, del § 430 del Código de Comercio alemán (*Handelsgesetzbuch—HGB—*) antes de la reforma de 1998. En España esta fórmula se mantiene todavía en el art. 121 LNA.

¹¹ Así se disponía en la versión original de 1929 del art. 25.1 del Convenio de Varsovia; y esto mismo es lo que prevé el art. 29.1 CMR. *Vid.* la crítica a esta remisión a la *lex fori* en F. MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador...*, *op. cit.*, pp. 520-525; M.^a V. PETIT, *La responsabilidad por daños...*, *op. cit.*, p. 123. Por otro lado, el término «falta» es más propio del lenguaje administrativo o penal, y se debería haber traducido la palabra francesa «*faute*» como «culpa» (F. J. SÁNCHEZ GAMBORINO, «La llamada culpa equiparable al dolo y sus consecuencias en el contrato de transporte», *RDM*, núm. 216, 1995, pp. 723-736, en p. 728).

¹² Esta expresión se empleó por primera vez para el transporte aéreo, al ser introducida en el Convenio de Varsovia por el art. 13 del Protocolo de La Haya de 28 de septiembre de 1955, y luego se incorporó al art. 4.5 RHV, por medio del Protocolo de 1968. A partir de ahí vuelve a aparecer, entre otros textos, en el art. 8 RHAM, el art. 21 CTM, el art. 36 RU CIM y el art. 61 RR. Además, también ha sido acogida en algunos ordenamientos nacionales, como el alemán, que con ocasión de la reforma de 1998 la ha incorporado al § 435 HGB. Así ha ocurrido también en España con el art. 282.4 LNM.

¹³ Así el art. 62 LCTTM. Sobre este precepto *vid.* F. J. ARIAS VARONA, «El comportamiento subjetivo del porteador como causa para la pérdida de los beneficios de responsabilidad», *Rdt*, núm. 6, 2010, pp. 283-302, en pp. 286-291; F. MARTÍNEZ SANZ y A. PÜTZ, «Artículo 62», en DUQUE y MARTÍNEZ SANZ (dirs.), *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010, pp. 731-753, en pp. 734-742; A. MUÑOZ PAREDES, «La infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido como conducta equiparable al dolo en la nueva Ley del contrato de transporte terrestre de mercancías», en JUSTE, ESCRIBANO y ARRIBAS (coords.), *Cuestiones actuales de Derecho de la empresa: III Foro de encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 207-230, en pp. 226-229; A. EMPARANZA, «Objeto, sujetos y reclamaciones en la nueva regulación del contrato de transporte terrestre de mercancías», en MENÉNDEZ (dir.), *Régimen jurídico del transporte terrestre: carreteras y ferrocarril*, t. II, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 665-708, en pp. 681-682; C. GÓRRIZ, «El contrato de transporte terrestre de mercancías», en MENÉNDEZ (dir.), *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, pp. 709-854, en pp. 824-827.

¹⁴ *Vid.*, por ejemplo, art. 29.2 CMR, art. 62 LCTTM y art. 121 LNA.

¹⁵ Así sucede con el art. 4.5 RHV. Con arreglo a una primera interpretación, como el precepto solo se refiere al porteador, y además la pérdida del beneficio de limitación de responsabilidad es una «sanción personal», sería preciso concluir que la responsabilidad ilimitada solo surge cuando sea el propio portea-

El presente trabajo se dedica a la *prueba del dolo o culpa equivalente* en aquellos procesos en que se reclama un resarcimiento completo. Esta pretensión es cada vez más habitual porque los límites indemnizatorios son poco realistas y suelen resultar demasiado bajos¹⁶. En principio, el demandante soporta el *onus probandi* del comportamiento que excluye la limitación de responsabilidad, pero en todas las jurisdicciones se acepta una «flexibilización» de la carga de la prueba, sobre todo en los casos de mercancías extraviadas o robadas¹⁷. En esta última categoría se incluyen también aquellos supuestos en que un paquete llega ciertamente a su destino, pero durante el transporte ha sido abierto y vuelto a cerrar después de sustraer todo o parte de su contenido¹⁸.

II. LA REGLA SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA

Los textos legales no suelen precisar a quién corresponde la carga de la prueba del dolo o culpa equivalente. Sin embargo, es indudable que el *onus probandi* recae sobre el demandante, que habitualmente será el cargador o el destinatario, o una compañía aseguradora. El Tribunal Supremo, para un supuesto de transporte aéreo de mercancías, ha señalado que «el dolo debe probarse por quien reclama»¹⁹ y en la jurisprudencia menor también se afirma de forma unánime

dor quien actúe con dolo o culpa equivalente (*vid.*, en este sentido, D. RABE, «Haftungsbegrenzungen und Haftungsuschbrechungen im Seerecht», *TranspR*, 2004, pp. 142-146, en p. 145; F. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de transporte...*, *op. cit.*, p. 490; J. L. GABALDÓN, *Curso de Derecho Marítimo Internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 480). Por el contrario, otros autores estiman que el dolo o culpa equivalente de los auxiliares también genera la obligación del porteador de indemnizar sin límites, en coherencia con el principio según el cual los actos de un auxiliar, realizados en el ejercicio de sus funciones, se imputan al principal (C. GÓRRIZ, *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías*, Bolonia, 2001, pp. 783-784; parecido J. A. RUEDA MARTÍNEZ, «La limitación de la responsabilidad del porteador en el transporte marítimo de mercancías», *ADM*, núm. 8, 1990, pp. 19-81, en pp. 79-80); además, si no fuera así, el porteador podría burlar fácilmente la sanción, delegando todas sus funciones en auxiliares, y también carecería de incentivos para elegir y controlar adecuadamente a estos sujetos (I. ESCUIN, *La limitación...*, *op. cit.*, p. 86) y la realidad del transporte marítimo es que el porteador actúa casi siempre por medio de auxiliares, de forma que nunca tendría que responder más allá de los máximos indemnizatorios si el dolo o culpa equivalente de estas personas no le fuera imputable (J. BASEDOW, *Der Transportvertrag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1987, pp. 424-425). En cualquier caso, sea porque la primera interpretación es la prevalente en numerosas jurisdicciones, sea porque el régimen de responsabilidad del porteador en el transporte marítimo ya es de por sí menos severo, sea por la combinación de ambos factores, lo cierto es que los supuestos de responsabilidad ilimitada del porteador marítimo son muy raros en la práctica judicial, según observan D. RABE, «Haftungsbegrenzungen...», *op. cit.*, p. 142; R. ASARIOTIS, «Haftungsbegrenzung und deren Duschbrechung im Seehandelsrecht: die englische Auffassung», *TranspR*, 2004, pp. 147-152, en p. 148.

¹⁶ D. DAMAR, *Wilful Misconduct in International Transport Law*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2011, p. 23; F. MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador...*, *op. cit.*, p. 514.

¹⁷ *Vid.*, en general, J. C. STACHOW, *Schweres Verschulden und Duschbrechung der beschränkten Haftung in modernen Transportrechtsabkommen*, Hamburg, LIT Verlag, 1998, pp. 209-221; D. DAMAR, *Wilful Misconduct...*, *op. cit.*, pp. 251-268.

¹⁸ I. KOLLER, *Transportrecht*, 8.^a ed., München, C. H. Beck, 2013, § 435 HGB núm. marg. 21c; R. HERBER, en *Münchener Kommentar zum HGB*, § 435 HGB núm. marg. 56a.

¹⁹ *Vid.* STS (Sala de lo Civil) núm. 714/2008, de 18 de julio (Ponente: Encarnación Roca Trías) (RJ 2008/4485), que aplica el art. 25.1 del Convenio de Varsovia en la versión de 28 de septiembre de 1955.

que «la carga de la prueba de los hechos reveladores de la existencia de dolo que hubiese resultado de trascendencia en la pérdida del envío incumbe, en principio, al litigante que afirma su concurrencia con la finalidad de soslayar el límite indemnizatorio»²⁰. En consecuencia, será el demandante quien soporte el riesgo del *non liquet* y, a falta de prueba del dolo o culpa equivalente, el porteador responderá de forma limitada²¹.

La atribución de la carga de la prueba al demandante se basa en el precepto procesal por cuya virtud «corresponde al actor [...] la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda» (art. 217.2 LEC)²². Además, desde el punto de vista del Derecho del transporte, es una solución coherente con el principio de que la responsabilidad limitada del porteador debe ser la regla, y la responsabilidad ilimitada, la excepción. Si la carga de la prueba se hiciera recaer sobre el porteador, en los supuestos de *causa ignota* no podría escapar del reproche de haber actuado con dolo o culpa equivalente, y la responsabilidad sin límite podría convertirse en la situación más frecuente²³. Así lo han entendido también los tribunales al recordar que «la no aplicación de la limitación supondría la excepción a la regla general, por lo que no resultaría admisible efectuar interpretaciones jurídicas que en la práctica pudieran suponer la elusión sistemática de los límites impuestos por la ley»²⁴.

²⁰ Así entre otras SAP Madrid (Sección 28.ª) núm. 375/2011, de 23 de diciembre (Ponente: Gregorio Plaza González) (Roj: SAP M 18144/2011); SAP Madrid (Sección 28.ª) núm. 86/2008, de 3 de abril (Ponente: Enrique García García) (Roj: SAP M 5992/2008); SAP Girona (Sección 1.ª) núm. 243/2014, de 5 de septiembre (Ponente: Fernando Lacaba Sánchez) (Roj: SAP GI 834/2014); SAP Barcelona (Sección 15.ª) núm. 62/2014, de 24 de febrero (Ponente: María Elena Boet Serra) (Roj: SAP B 7457/2004); SAP Madrid (Sección 28.ª) núm. 58/2009, de 13 de marzo (Ponente: Rafael Sarazá Jimena) (Roj: SAP M 3708/2009); SAP Madrid (Sección 28.ª) núm. 235/2014, de 21 de julio (Ponente: Gregorio Plaza González) (Roj: SAP M 14050/2014); SAP Madrid (Sección 28.ª) núm. 101/2009, de 24 de abril (Ponente: Enrique García García) (Roj: SAP M 10695/2009); SAP Madrid (Sección 28.ª) núm. 69/2011, de 11 de marzo (Ponente: Enrique García García) (Roj: SAP M 1481/2011); SAP Madrid (Sección 28.ª) núm. 74/2013, de 8 de marzo (Ponente: Enrique García García) (Roj: SAP M 4021/2013); SAP Madrid (Sección 28.ª) núm. 228/2013, de 12 de julio (Ponente: Enrique García García) (Roj: SAP M 13077/2013).

²¹ F. MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador...*, op. cit., p. 595.

²² A esta norma se refieren expresamente todas las sentencias citadas en la nota 20.

²³ I. KOLLER, «Zur Aufklärung über die Schadensentstehung im Straßentransportrecht - Zugleich ein Beitrag zur Beweislast im Rahmen des Art. 29 CMR», *VersR*, 1990, pp. 553-560, en pp. 553-554; F. MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador...*, op. cit., p. 592.

²⁴ SAP Madrid (Sección 28.ª) núm. 228/2013, de 12 de julio (Ponente: Enrique García García) (Roj: SAP M 13077/2013); SAP Madrid (Sección 28.ª) núm. 74/2013, de 8 de marzo (Ponente: Enrique García García) (Roj: SAP M 4021/2013); SAP Madrid (Sección 28.ª) núm. 69/2011, de 11 de marzo (Ponente: Enrique García García) (Roj: SAP M 1481/2011); SAP Madrid (Sección 28.ª) núm. 101/2009, de 24 de abril (Ponente: Enrique García García) (Roj: SAP M 10695/2009); SAP Madrid (Sección 28.ª) núm. 235/2014, de 21 de julio (Ponente: Gregorio Plaza González) (Roj: SAP M 14050/2014); SAP Madrid (Sección 28.ª) núm. 58/2009, de 13 de marzo (Ponente: Rafael Sarazá Jimena) (Roj: SAP M 3708/2009); SAP Madrid (Sección 28.ª) núm. 86/2008, de 3 de abril (Ponente: Enrique García García) (Roj: SAP M 5992/2008); SAP Madrid (Sección 28.ª) núm. 375/2011, de 23 de diciembre (Ponente: Gregorio Plaza González) (Roj: SAP M 18144/2011); SAP Girona (Sección 1.ª) núm. 243/2014, de 5 de septiembre (Ponente: Fernando Lacaba Sánchez) (Roj: SAP GI 834/2014).

La carga de la prueba se extiende a todos los elementos del supuesto de hecho de la norma que prevea la responsabilidad ilimitada del porteador²⁵. En primer lugar, el demandante deberá probar la concreta conducta que entrañe dolo o culpa equivalente²⁶. En segundo término, deberá demostrar el nexo de causalidad entre dicha conducta y el daño²⁷. Además, en el caso frecuente en que la conducta dolosa o culposa no haya sido del porteador, sino de un auxiliar, también será preciso probar que este actuaba en el desempeño de sus funciones²⁸. Por otro lado, sobre el demandante pesa asimismo la carga de probar que el daño excede el límite cuantitativo de responsabilidad del transportista²⁹.

III. LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA REGLA POR LOS TRIBUNALES

1. Fundamento

La prueba del dolo o culpa equivalente es muy difícil o prácticamente imposible para el demandante cuando las mercancías han sido robadas o se han extraviado. Los hechos determinantes para el proceso ocurren hallándose las mercancías bajo la custodia del porteador, sin estar presente el derechohabiente, y sin que este pueda luego acceder a la organización del transportista para investigar si hubo algún fallo³⁰. Con suerte, el derechohabiente dispondrá de un «informe oficial» sobre los hechos (por ejemplo, un atestado policial), o tratándose de un servicio de mensajería o paquetería quizá pueda consultar en Internet el último momento y lugar en que el envío fue registrado por un escáner³¹. Sin embargo, en la mayoría de casos se habrá de contentar con una mera notificación de que la mercancía se ha perdido³². La situación es todavía más compleja cuando, como sucede habitualmente, no es el porteador quien ha ejecutado por sí mismo el transporte, sino alguno de sus auxiliares, sean dependientes (empleados) o independientes (subtransportistas)³³. Como señalan numerosas resoluciones

²⁵ I. KOLLER, *Transportrecht*, § 435 HGB núm. marg. 20; D. DAMAR, *Wilful Misconduct...*, *op. cit.*, p. 254; F. J. ARIAS, «El comportamiento subjetivo...», *op. cit.*, p. 291.

²⁶ I. KOLLER, *Transportrecht*, § 435 HGB núm. marg. 20a; D. DAMAR, *Wilful Misconduct...*, *op. cit.*, p. 254.

²⁷ F. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de transporte...*, *op. cit.*, p. 491; D. DAMAR, *Wilful Misconduct...*, *op. cit.*, p. 254. *Vid.* también la SAP Madrid (Sección 14.^a) núm. 411/2014, de 26 de noviembre (Ponente: Pablo Quecedo Aracil) (Roj: SAP M 15810/2014).

²⁸ I. KOLLER, *Transportrecht*, § 435 HGB núm. marg. 22; D. DAMAR, *Wilful Misconduct...*, *op. cit.*, p. 255; F. MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador...*, *op. cit.*, p. 611; F. MARTÍNEZ SANZ y A. PÜTZ, «Artículo 62», p. 751. *Vid.* también el art. 121 LNA, según el cual «[e]n el caso de los empleados habrá de probarse, además, que estos obraban en el ejercicio de sus funciones».

²⁹ I. KOLLER, *Transportrecht*, § 435 HGB núm. marg. 20; D. DAMAR, *Wilful Misconduct...*, *op. cit.*, p. 254.

³⁰ F. MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador...*, *op. cit.*, p. 594; F. MARTÍNEZ SANZ y A. PÜTZ, «Artículo 62», p. 745; F. J. ARIAS, «El comportamiento subjetivo...», *op. cit.*, p. 292.

³¹ W. BAUMANN, «Darlegungslast und Recherchepflicht im Transportrecht», *TranspR*, 2014, pp. 187-193, en p. 187.

³² W. BAUMANN, «Darlegungslast...», *op. cit.*, p. 187.

³³ I. KOLLER, «Zur Aufklärung...», *op. cit.*, pp. 553-554.

judiciales, «la única parte que está, normalmente, en condiciones de facilitar una versión de lo acaecido es quien de modo profesional se dedica a la actividad de transportar mercancías [...] sin que, por regla, pueda exigirse a la cargadora que demuestre que ha sucedido algo de lo que no tiene constancia, en un momento y lugar ignotos, lo que supondría tanto como exigir una *diabolica probatio*»³⁴.

Por ello, no son extraños los casos en que la jurisprudencia flexibiliza la regla de la carga de la prueba a favor de quien reclama, con apoyo en la norma procesal por cuya virtud «el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en el litigio» (art. 217.6 LEC), así como en los principios de proximidad a la fuente de la prueba y buena fe o lealtad procesal (art. 247 LEC y art. 11 LOPJ). Los ejemplos se refieren, sobre todo, al transporte por carretera nacional³⁵ e internacional³⁶, aunque también hay algún caso en el transporte aéreo relacionado con la pérdida de equipaje³⁷. Se aprecia un especial rigor con los porteadores en servicios de paquetería o mensajería cuando se extravían objetos valiosos³⁸.

Con todo, la flexibilización de la regla sobre la carga de la prueba, y más en concreto, la inversión de dicha carga, es un instrumento extraordinario, que se debe utilizar de forma restrictiva, y únicamente para impedir situaciones de au-

³⁴ SAP Barcelona (Sección 15.ª) núm. 5/2014, de 9 de enero (Ponente: Jordi Lluís Forgas Folch) (AC 2014/47); SAP Barcelona (Sección 15.ª) de 18 de junio de 1999 (Ponente: José Luis Concepción Rodríguez) (Roj: SAP B 6485/1999); SAP Barcelona (Sección 15.ª) de 14 de julio de 2004 (Ponente: Luis Garrido Espa) (Roj: SAP B 9380/2004); SAP Barcelona (Sección 15.ª) de 2 de junio de 2004 (Ponente: Luis Garrido Espa) (Roj: SAP B 7144/2004), SAP Madrid (Sección 11.ª) núm. 669/2010, de 14 de octubre (Ponente: María José Alfaro Hoys) (Roj: SAP M 14434/2010); SAP Bilbao (Sección 5.ª) núm. 653/2000, de 7 de julio (Ponente: Manuel José Baeza Díaz-Portales) (Roj: SAP BI 3162/2000); SAP Granada (Sección 3.ª) de 16 de enero de 2009 (Ponente: Enrique Pablo Pinazo Tobes) (Roj: SAP GR 8/2009); SAP Almería (Sección 3.ª) de 7 de noviembre de 2008 (Ponente: Jesús Martínez Abad) (Roj: SAP AL 996/2008).

³⁵ SAP Barcelona (Sección 15.ª) núm. 5/2014, de 9 de enero (Ponente: Jordi Lluís Forgas Folch) (AC 2014/47) (extravío de 10 detectores electrónicos de tensión); SAP Barcelona (Sección 15.ª) de 14 de julio de 2004 (Ponente: Luis Garrido Espa) (Roj: SAP B 9380/2004) (pérdida de diversos bultos con grifería); SAP Madrid (Sección 28.ª) de 24 de abril de 2009 (Ponente: Enrique García García) (Roj: SAP M 10695/2009) (desaparición sistemática de material informático); SAP Barcelona (Sección 15.ª) de 2 de junio de 2004 (Ponente: Luis Garrido Espa) (Roj: SAP B 7144/2004) (sustracción selectiva de artículos de confección); SAP Madrid (Sección 14.ª) de 7 de abril de 2005 (Ponente: Paloma Marta García de Ceca Benito) (Roj: SAP M 3813/2005) (extravío de utillaje para el corte de chapa); SAP Girona (Sección 1.ª) núm. 245/2014, de 10 de septiembre (Ponente: Carles Cruz Moratones) (JUR 2014/269385) (extravío de un bulto con seis pantallas táctiles).

³⁶ SAP Barcelona (Sección 15.ª) de 18 de junio de 1999 (Ponente: José Luis Concepción Rodríguez) (Roj: SAP B 6485/1999) (robo de prendas de vestir de piel); SAP Guipúzcoa (Sección 2.ª) de 12 de julio de 2012 (Ponente: Ane Maite Loyola Iriondo) (Roj: SAP SS 1257/2012) (pérdida de un correntímetro); SAP Barcelona (Sección 15.ª) núm. 269/2014, de 24 de julio (Ponente: Jordi Lluís Forgas Folch) (JUR 2014/242554) (extravío de cuatro máquinas de soldadura de alta frecuencia).

³⁷ SAP Barcelona (Sección 15.ª) núm. 81/2012, de 1 de marzo (JUR 2012/177075) (Ponente: Marta Rallo Ayezuren) (pérdida de una guitarra facturada).

³⁸ *Vid.* SAP Bilbao (Sección 5.ª) núm. 653/2000, de 7 de julio (Ponente: Manuel José Baeza Díaz-Portales) (Roj: SAP BI 3162/2000) (pérdida de un paquete con piezas de joyería); SAP Ciudad Real (Sección 2.ª) núm. 146/2014, de 5 de junio (Ponente: Fulgencio Velázquez de Castro Puerta) (JUR 2014/190758) (extravío de una flauta travesera valorada en 6.000 euros); SAP Madrid (Sección 19.ª) de 5 de diciembre de 2005 (Ponente: Ramón Ruiz Jiménez) (Roj: SAP M 15022/2005) (desaparición de un reloj de oro).

téntica injusticia³⁹. En este mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia sobre responsabilidad del porteador, al señalar que «la solución no es la de quebrar por sistema la regla de la limitación de responsabilidad»⁴⁰, ni tampoco «admitir a ultranza una inversión de la carga de la prueba sobre este punto, en todos los casos de pérdida»⁴¹.

2. Presupuestos

2.1. La dificultad probatoria del demandante

La carga de la prueba solo se flexibiliza respecto de hechos o circunstancias cuya demostración resulte muy difícil o prácticamente imposible para el demandante, como sucede singularmente con todo aquello que pertenezca a la esfera empresarial del demandado⁴². Así ocurre cuando el comportamiento del porteador (o de sus auxiliares) en el tiempo en que supuestamente se perdió la mercancía quede sustraído a la observación del demandante⁴³. En cambio, no existe esa misma dificultad probatoria para hechos o circunstancias que puedan ser de conocimiento general, como, por ejemplo, que en una determinada región sean frecuentes los robos en camiones, o que las plazas de aparcamiento de un cierto área de servicio carezcan de vigilancia⁴⁴.

2.2. La facilidad probatoria del demandado

Para que los tribunales flexibilicen la regla sobre el *onus probandi* no basta que el demandante se enfrente a una dificultad probatoria, sino que es preciso, además, que el demandado se encuentre en una mejor posición para probar los hechos⁴⁵. Debe existir un desequilibrio en la facilidad probatoria de las partes

³⁹ S. PAZOS, «Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil», en ABEL LLUCH y PICÓ I JUNOY (dirs.), *Objeto y carga de prueba civil*, Barcelona, J. M. Bosch, 2007, pp. 79-100, en pp. 87-88; M.ª J. FERNÁNDEZ-FIGARES, «Incidencia de la inversión judicial de la carga de la prueba entre las partes en la seguridad jurídica y la tutela efectiva de los litigantes», *Diario La Ley*, núm. 8563, 17 de junio de 2015, pp. 10-14, en pp. 12-13. En contra de la inversión de la carga probatoria porque «comporta una modificación injustificada del Derecho material» C. GÓRRIZ, «Transporte de mercancías, límite de responsabilidad y carga de la prueba (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de mayo de 1988)», *RJC*, núm. 2, 1999, pp. 223-239, en p. 540.

⁴⁰ SAP Barcelona (Sección 15.ª) de 11 de enero de 2007 (Ponente: Blas Alberto González Navarro) (Roj: SAP B 2041/2007).

⁴¹ SAP Barcelona (Sección 15.ª) de 15 de diciembre de 2008 (Ponente: María Elena Boet Serra) (Roj: SAP B 12264/2008); SAP Ciudad Real (Sección 2.ª) de 5 de junio de 2014 (Ponente: Fulgencio Víctor Velázquez de Castro Puerta).

⁴² F. MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador...*, op. cit., p. 594.

⁴³ I. KOLLER, *Transportrecht*, § 435 HGB núm. marg. 21c.

⁴⁴ H. JESSER-HUSS, en *Münchener Kommentar zum HGB*, art. 30 CMR núm. marg. 41; I. KOLLER, *Transportrecht*, § 435 HGB núm. marg. 21c en nota 293.

⁴⁵ L. MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos de prueba judicial civil*, Barcelona, J. M. Bosch, 2001, pp. 178-179; S. PAZOS, «Los criterios...», op. cit., p. 85.

que perjudique a quien pretenda conseguir una indemnización total del daño sufrido. Como apunta alguna sentencia, «constituye ineludible presupuesto para que resulte posible la aplicación de esa regla (disponibilidad probatoria) que, por razón de las circunstancias concurrentes, pueda afirmarse con solvencia que la fuente probatoria de que se trate, de difícil o imposible acceso para una de las partes, se encuentra sin embargo a plena disposición de la parte contraria. En cambio, cuando la prueba es de difícil acceso para aquella a quien en principio incumbe la carga correspondiente pero se encuentra igualmente alejada de las posibilidades de la parte contraria, los criterios del art. 217.7 LEC no tienen siquiera la posibilidad de operar»⁴⁶.

La disponibilidad probatoria del porteador puede ser material (por ejemplo, poseer grabaciones de las cámaras de seguridad del almacén donde se produjo un hurto) o intelectual (por ejemplo, tener conocimiento del momento o lugar en que por última vez estuvo localizable la cosa transportada)⁴⁷. Además, habrá que tener en cuenta no solo la disponibilidad «actual», sino también la posibilidad razonable de acceder, por medio de una investigación propia que no requiera un esfuerzo desproporcionado, a otras fuentes de prueba (por ejemplo, consultando al subtransportista que debía ejecutar efectivamente el traslado de la mercancía)⁴⁸.

La indisponibilidad probatoria negligente se puede equiparar a la disponibilidad⁴⁹. Dicha indisponibilidad culpable existirá cuando el porteador carezca de un material probatorio del que debería disponer si hubiera actuado conforme a la diligencia propia de un empresario del sector del transporte. Así sucederá, sobre todo en los servicios de paquetería y mensajería, cuando el porteador no pueda dar razón del paradero de la mercancía porque no llevaba un registro de entrada y salida en sus instalaciones, o porque prescindió de controles o de mecanismos de trazabilidad de los envíos⁵⁰. No obstante, la negligencia del porteador en este punto plantea dudas cuando es incapaz de probar los hechos que rodean al robo debido a la «profesionalidad» de unos delincuentes que no dejan rastro alguno de su actuación. Como ejemplo, al resolver un caso en que «el conductor [...] no suministraba detalles sobre la sustracción porque desconocía por completo en qué momento se produjo, en qué lugar se perpetró y el modo en que se llevó a cabo», el tribunal disculpa al demandado porque «nos parece excesiva y no justificada la aplicación del criterio de disponibilidad probatoria a supuestos en los que [...] la indisponibilidad para el transportista de datos y pruebas del hecho se debe a factores —pulcritud en la perpetración del delito— que no solo escapan a su vo-

⁴⁶ SAP Madrid (Sección 28.ª) núm. 124/2012, de 23 de abril (Ponente: Pedro María Gómez Sánchez) (Roj: SAP M 6048/2012).

⁴⁷ Vid. L. MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos...*, op. cit., p. 178.

⁴⁸ Vid. I. KOLLER, «Zur Aufklärung...», op. cit., pp. 554-555.

⁴⁹ L. MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos...*, op. cit., pp. 178-179; S. PAZOS, «Los criterios...», op. cit., p. 85.

⁵⁰ SAP Madrid (Sección 14.ª) de 7 de abril de 2005 (Ponente: Paloma Marta García de Ceca Benito) (Roj: SAP M 3813/2005); SAP Guipúzcoa (Sección 2.ª) núm. 233/2012, de 12 de julio (Ponente: Ane Maitte Loyola Iriondo) (Roj: SAP SS 1257/2012); y SAP Girona (Sección 1.ª) núm. 245/2014, de 10 de septiembre (Ponente: Carles Cruz Moratones) (JUR 2014/269385).

luntad, sino que tampoco puede afirmarse que obedezcan a actos conscientes de asunción pasiva del resultado indeseado»⁵¹.

2.3. Los indicios verosímiles de dolo o culpa equivalente

Solo se puede flexibilizar la regla de la carga de la prueba cuando se verifiquen «indicios verosímiles» o «elementos de prueba primarios» del dolo o culpa equivalente⁵². Se trata de hechos o circunstancias que permiten deducir con cierta probabilidad qué puede haber ocurrido, aunque sin llegar a constituir una prueba concluyente⁵³. Este es, sin duda, el requisito en el que hace más hincapié la jurisprudencia, que se refiere a dichos indicios con diferentes expresiones, como «aparición de comportamiento doloso»⁵⁴ o «evidencias sospechosas»⁵⁵.

Los indicios verosímiles se pueden extraer de lo alegado y acreditado por el demandante, o pueden ser también hechos no controvertidos en el proceso⁵⁶. No existe un catálogo cerrado de indicios, ni una regla fija sobre el valor que se debe reconocer a cada uno de ellos. La suavización de la carga de la prueba opera «siempre según criterios flexibles y no tasados», con «exclusión de soluciones dogmáticas» y teniendo en cuenta «la necesidad de ponderar las concretas circunstancias concurrentes»⁵⁷. En ocasiones el tribunal presume el dolo o culpa equivalente a partir de un solo indicio (sobre todo la falta de explicaciones sobre lo ocurrido con la mercancía), mientras que en otras se precisa la acumulación de varios⁵⁸.

a) Un primer indicio puede ser *que la mercancía desaparecida tuviera un gran volumen o peso, o una forma singular*⁵⁹. A ello subyace la máxima de la

⁵¹ SAP Madrid (Sección 28.ª) núm. 124/2012, de 23 de abril (Ponente: Pedro María Gómez Sánchez) (Roj: SAP M 6048/2012).

⁵² Vid. I. KOLLER, *Transportrecht*, § 435 HGB núm. marg. 21c y art. 29 CMR núm. marg. 7a; R. HERBER, en *Münchener Kommentar zum HGB*, § 435 HGB núm. marg. 53; H. JESSER-HUSS, en *Münchener Kommentar zum HGB*, art. 29 CMR núm. marg. 41; F. MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador...*, op. cit., p. 594; F. MARTÍNEZ SANZ y A. PÜTZ, «Artículo 62», p. 746. Más radical, sin embargo, H. NEUMANN, «Die unbeschränkte Haftung des Frachtführers nach § 435 HGB», *TransPR*, 2002, pp. 413-421, en p. 419, para quien no se puede exigir al demandante ni siquiera que presente estos indicios, por la dificultad probatoria a la que se enfrenta.

⁵³ I. KOLLER, *Transportrecht*, § 435 HGB núm. marg. 21c; F. MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador...*, op. cit., pp. 594 y 598; F. MARTÍNEZ SANZ y A. PÜTZ, «Artículo 62», p. 746.

⁵⁴ SAP Barcelona (Sección 15.ª) de 2 de junio de 2004 (Ponente: Luis Garrido Espa) (Roj: SAP B 7144/2004).

⁵⁵ SAP Girona (Sección 1.ª) núm. 243/2014, de 5 de septiembre (Ponente: Fernando Lacaba Sánchez) (Roj: SAP GI 834/2014).

⁵⁶ I. KOLLER, *Transportrecht*, § 435 HGB núm. marg. 21c, en nota 297.

⁵⁷ SAP Madrid (Sección 19.ª) núm. 569/2005, de 5 de diciembre (Ponente: Ramón Ruiz Jiménez) (Roj: SAP M 15022/2005); SAP Barcelona (Sección 15.ª) de 15 de diciembre de 2008 (Ponente: María Elena Boet Serra) (Roj: SAP B 12264/2008); SAP Barcelona (Sección 15.ª) de 11 de enero de 2007 (Ponente: Blas Alberto González Navarro) (Roj: SAP B 2041/2007); SAP Ciudad Real (Sección 2.ª) núm. 146/2014, de 5 de junio (Ponente: Fulgencio Víctor Velázquez de Castro Puerta).

⁵⁸ Vid. *infra* en las notas 68 y 69, respectivamente.

⁵⁹ D. GRAN, «Beweisführung und Einfassungsobliegenheit bei qualifizierten Verschulden des Luftfrachtführers nach der Haftungsordnung des Warschauer Abkommens», en ERDMANN, GLOY y HERBER (Hrsg.), *Festschrift für Henning Piper*, München, C. H. Beck, 1996, pp. 847-855, en p. 853.

experiencia según la cual es más improbable que se pierda (o sea sustraído) un objeto grande, pesado o llamativo. Así lo han entendido los tribunales cuando en un transporte por carretera entre Fornells de la Selva y Madrid se extravían seis pantallas táctiles contenidas en un paquete de 80 x 80 x 100 cm con un peso de 42 kg, «que no se puede decir que podía pasar desapercibido para el conductor del transporte ni que pudiera quedar confundido con otros paquetes»⁶⁰; cuando en otro transporte por carretera de Vitoria a Madrid se pierde una máquina para el corte de chapa, con notable volumen y un peso de 117 kg⁶¹; y cuando en un transporte aéreo se extravía la guitarra de un pasajero, contenida en una funda negra dura, que la hacía «más visible, más difícil de confundir con el resto de equipajes y hacía sus movimientos más fácilmente detectables»⁶². Igualmente estima el Tribunal Supremo, respecto de un transporte sometido al CMR en que la mercancía fue robada mientras el vehículo se hallaba estacionado en una calle de Pero (Italia), delante de la *trattoria* donde cenaba el conductor, que «dado el tipo de carga (ollas de acero inoxidable), volumen (272 bultos) y peso bruto (5.914 kg), no dejan de resultar bastante razonables las sospechas de negligencia grave expresadas por la cargadora y su aseguradora»⁶³.

b) También puede ser indicativa de dolo o culpa cualificada la *omisión de explicaciones sobre la desaparición de la mercancía*, a pesar de que el cargador o destinatario las exigió de forma repetida tras enterarse de que la cosa transportada se había perdido⁶⁴. Así ocurre cuando «el porteador no ha procedido a dar una explicación suficiente acerca del extravío», sino que «se ha limitado a señalar que el resultado de la investigación realizada por el departamento de seguridad no ha dado positivo y que finalmente se ha dado por extraviado el paquete, pero sin especificar en qué ha consistido aquella, qué actuaciones concretas se han realizado, cuáles han sido las verificaciones realizadas, desde cuándo no hay rastro del paquete, dónde y cuándo se produjo la pérdida, etc.»⁶⁵; cuando «admite un absoluto desconocimiento de las circunstancias en que se produjo la pérdida de lo transportado»⁶⁶; o cuando «[n]o da explicaciones ni de cuáles han sido las comprobaciones hechas para averiguar lo que ha pasado ni tampoco cuáles son las precauciones o controles que en su práctica diaria se toman para evitar casos como este»⁶⁷. Algunas sentencias consideran que la falta absoluta de explicacio-

⁶⁰ SAP Girona (Sección 1.ª) núm. 245/2014, de 10 de septiembre (Ponente: Carles Cruz Moratones) (JUR 2014/269385).

⁶¹ SAP Madrid (Sección 14.ª) de 7 de abril de 2005 (Ponente: Paloma Marta García de Ceca Benito) (Roj: SAP M 3813/2005).

⁶² SAP Barcelona (Sección 15.ª) núm. 81/2012, de 1 de marzo (Ponente: Marta Rallo Ayezuren) (JUR 2012/177075).

⁶³ STS (Sala de lo Civil) de 13 de mayo de 2008 (Ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández) (Roj: STS 2606/2008).

⁶⁴ I. KOLLER, *Transportrecht*, § 435 HGB núm. marg. 21c.

⁶⁵ SAP Ciudad Real (Sección 2.ª) de 5 de junio de 2014 (Ponente: Fulgencio Víctor Velázquez de Castro Puerta).

⁶⁶ SAP Madrid (Sección 14.ª) de 7 de abril de 2005 (Ponente: Paloma Marta García de Ceca Benito) (Roj: SAP M 3813/2005).

⁶⁷ SAP Girona (Sección 1.ª) núm. 245/2014, de 10 de septiembre (Ponente: Carles Cruz Moratones) (JUR 2014/269385).

nes sobre el paradero de la mercancía ya constituye por sí solo un indicio suficiente para presumir el dolo o culpa equivalente⁶⁸, mientras que otras estiman que deben concurrir indicios adicionales⁶⁹.

c) Relacionado con lo anterior se encuentra la *pasividad probatoria* del demandado durante el proceso. Así, alguna resolución declara que «en los casos de pasividad probatoria total del transportista solo se puede sentenciar en el sentido de que ha actuado de manera gravemente culposa»⁷⁰ y menciona como ejemplo de dicha pasividad que el porteador ni siquiera propuso como testigo al conductor que recogió el paquete antes de que este se perdiera. A la misma conclusión llega otra sentencia porque «la transportista demandada, no es que ya no haya acreditado, sino que ni siquiera se ha dignado a facilitar información o efectuar manifestación alguna no solo de las circunstancias en que pudo acontecer la pérdida (posible causa, lugar, etc.), sino tan siquiera del más mínimo dato del concreto modo y manera en que se realizó el transporte de autos, qué tipo de control o controles se siguen, etc.»⁷¹. No obstante, es dudoso que este indicio pueda bastar por sí solo, pues el Tribunal Supremo ha criticado en alguna ocasión al juzgador *a quo* porque presumió el dolo o culpa equivalente «sobre la única base fáctica de la inactividad probatoria de la parte demandada»⁷².

No hay regla alguna sobre cuándo la actividad probatoria es suficientemente «activa». Como orientación, alguna sentencia estima que en el caso concreto ha habido «esfuerzo probatorio» por parte del transportista porque «ha admitido la denuncia policial por robo aportada por la actora [...] y también ha aportado información de Acesa-Autopistas sobre el área de servicio en la que se cometió el robo de las mercancías [...] para probar la diligencia del transportista al decidir pernoctar en esta área de servicios»⁷³; y otra descarta igualmente la pasividad probatoria porque «[e]n la documentación acompañada con la contestación a

⁶⁸ Vid. así por ejemplo la SAP Madrid (Sección 14.ª) de 7 de abril de 2005 (Ponente: Paloma Marta García de Ceca Benito) (Roj: SAP M 3813/2005); SAP Barcelona (Sección 15.ª) núm. 269/2014, de 24 de julio (Ponente: Jordi Lluís Forgas Folch) (JUR 2014/242554); SAP Guipúzcoa (Sección 2.ª) núm. 233/2012, de 12 de julio (Ponente: Ane Maite Loyola Iriondo) (Roj: SAP SS 1257/2012); SAP Madrid (Sección 28.ª) núm. 235/2014, de 21 de julio (Ponente: Gregorio Plaza González) (Roj: SAP M 14050/2014).

⁶⁹ Vid. así expresamente para el transporte aéreo, aplicando todavía el Convenio de Varsovia a sendos transportes de mercancías: STS (Sala de lo Civil) de 20 de junio de 1998 (Ponente: Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa) (RJ 1998/4904) y SAP Madrid (Sección 28.ª) núm. 170/2009, de 25 de junio (JUR 2009/472753); y aplicando el Convenio de Montreal a dos casos de transporte de equipaje: SAP Madrid (Sección 28.ª) núm. 15/2011, de 26 de enero (Ponente: Gregorio Plaza González) (AC 2011/814); y SAP Madrid (Sección 28.ª) núm. 125/2014, de 21 de abril (Ponente: Gregorio Plaza González) (AC 2014/978). Vid. igualmente para el transporte por carretera SAP Barcelona (Sección 15.ª) de 11 de enero de 2007 (Ponente: Blas Alberto González Navarro) (Roj: SAP B 2041/2007).

⁷⁰ SAP Girona (Sección 1.ª) núm. 245/2014, de 10 de septiembre (Ponente: Carles Cruz Moratones) (JUR 2014/269385).

⁷¹ SAP Bilbao (Sección 5.ª) núm. 653/2000, de 7 de julio (Ponente: Manuel José Baeza Díaz-Portales) (Roj: SAP BI 3162/2000).

⁷² STS (Sala de lo Civil) de 13 de mayo de 2008 (Ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández) (Roj: STS 2606/2008).

⁷³ SAP Barcelona (Sección 15.ª) de 15 de diciembre de 2008 (Ponente: María Elena Boet Serra) (Roj: SAP B 12264/2008).

la demanda [...] consta el motivo de confusión que determinó la pérdida de la mercancía y las gestiones realizadas, bien es cierto que infructuosas, [...] para recuperarla»⁷⁴.

d) Otro indicio al que suele atender la jurisprudencia es la *deficiente organización empresarial* del porteador. Ahora bien, la organización de este no se puede considerar deficiente por el mero hecho de que ocasionalmente se pierda alguna mercancía, sino que debe haber fallos estructurales que, de forma permanente, incrementen el riesgo de perjuicio para los clientes⁷⁵. Para determinar si los defectos existen es preciso comparar la organización del demandado con la habitual en la misma rama de actividad⁷⁶. Por ejemplo, en el ámbito de los servicios de mensajería y paquetería se suele considerar que una organización es deficiente cuando faltan controles de entrada y salida en los almacenes o no hay medidas para el seguimiento de los envíos (*track- and tracing*)⁷⁷. Así lo han entendido los tribunales cuando en alguna de estas empresas «no había mecanismos de trazabilidad, sean electrónicos o manuales, para detectar que un paquete que ha recogido uno de los conductores de la empresa [...] ha entrado en esta»⁷⁸; cuando se omitían «los controles necesarios para conocer las entradas y salidas de cada ruta efectuando el seguimiento de aquella a fin de permitir su localización»⁷⁹; o cuando faltaban «medidas de garantía, control y seguimiento de las mercancías en el curso del transporte que le permitieran al menos intentar alguna gestión o pesquisa para su localización, o como mínimo, descartar alguna de las hipótesis de extravío (ocurrido en Vitoria o en Madrid, o en el curso del traslado, o por sustracción del objeto, o entrega errónea a un tercero, etc.)»⁸⁰. Otro dato que permite inferir una deficiente organización es que el porteador no sea capaz de señalar, por ejemplo, al conductor, al empleado que detectó el robo o extravío de la mercancía, o a quienes pudieron manejarla en sus instalaciones, pues ello hace pensar que en esa empresa los trabajadores pueden actuar de forma gravemente descuidada, o incluso delictiva, sin miedo a que se les identifique y sancione⁸¹.

Las carencias en la organización del porteador también pueden consistir en la falta de medidas antirrobo. Ciertamente, no se puede exigir a un transportista una seguridad absoluta, que es siempre imposible, pero sí que tome unas precauciones razonables o proporcionadas a la vista de los peligros que tratan de conju-

⁷⁴ SAP Madrid (Sección 28.ª) núm. 58/2009, de 13 de marzo (Ponente: Rafael Sarazá Jimena) (Roj: SAP M 3708/2009).

⁷⁵ J. BASEDOW y C. JUNG, *Die Haftung der Paketdienste*, Heidelberg, R.v. Decker, 1997, pp. 23-25, 96.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 25.

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 22-33; A. MATUSCHE-BECKMANN, *Das Organisationsverschulden*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, pp. 199-200.

⁷⁸ SAP Girona (Sección 1.ª) núm. 245/2014, de 10 de septiembre (Ponente: Carles Cruz Moratones) (JUR 2014/269385).

⁷⁹ SAP Guipúzcoa (Sección 2.ª) núm. 233/2012, de 12 de julio (Ponente: Ane Maite Loyola Iriondo) (Roj: SAP SS 1257/2012).

⁸⁰ SAP Madrid (Sección 14.ª) de 7 de abril de 2005 (Ponente: Paloma Marta García de Ceca Benito) (Roj: SAP M 3813/2005).

⁸¹ D. DAMAR, *Wilful Misconduct...*, *op. cit.*, p. 264.

rar y los costes que conllevan para la empresa⁸². La intensidad de las medidas de seguridad se debe determinar según las circunstancias de cada caso en concreto, teniendo en cuenta el valor de las mercancías transportadas, la accesibilidad a las instalaciones de la empresa, si la actividad que en ellas se realiza puede ser vista desde el exterior por extraños, etc.⁸³. Como ejemplo, cabe esperar de una compañía aérea que su almacén para equipajes cuente con «unas elementales medidas de seguridad y vigilancia que impidieran el acceso a personas ajenas a la empresa o no autorizadas»⁸⁴. Abundando en esta última idea, una muestra de seguridad deficiente sería que al almacén de un operador logístico tenga acceso libre y descontrolado el personal de otras empresas, y en particular, los conductores de los porteadores con los que se subcontrata el transporte⁸⁵. También hay una apariencia de comportamiento doloso, por un descuido prolongado del deber de custodia, cuando los ladrones tienen la posibilidad de desprecintar los bultos transportados, sustraer todo o parte de su contenido, y luego volverlos a precintar, sin dejar rastro alguno⁸⁶.

Más aún, la falta de medidas antirrobo constituye un indicio especialmente cualificado de dolo o culpa equivalente si en el pasado ya se habían producido sustracciones repetidas de mercancías⁸⁷. Así ocurre cuando en las instalaciones de un porteador terrestre hay una «sistemática desaparición de bultos que contenían material informático [...] en unos márgenes de tiempo significativamente próximos, por lo que no puede hablarse de meras incidencias aisladas, pero a la vez medió un lapso de suficiente duración para que la demandada hubiese podido reaccionar [...] para prevenir la prosecución de semejante expolio de material para sus clientes»⁸⁸; y también cuando en una compañía aérea que transporta mercancías «aparecen diligencias penales y despidos laborales relativos a varios empleados de la compañía por diversas apropiaciones indebidas de objetos almacenados», y a pesar de ello, «entre las medidas de vigilancia que manifiesta la compañía [...] no figura ninguna de comprobación periódica de bienes en custodia»⁸⁹. Ahora bien, no se puede hablar de pérdidas «repetidas» o «sistemáticas» por el mero «sufrimiento de otro incidente por el mismo conductor [...] ocurrido más de seis meses antes y en circunstancias distintas», pues se trata simplemente de la «desgracia de haber sido víctima de dos delitos de cariz muy

⁸² J. BASEDOW y C. JUNG, *Die Haftung der Paketdienste*, pp. 76-79.

⁸³ K.-H. THUME, «Die Haftung des Spediteurs für Kardinalfehler und grobe Organisationsmängel», *TranspR*, 1991, pp. 209-216, en p. 213; A. MATUSCHE-BECKMANN, *Das Organisationsverschulden*, p. 199.

⁸⁴ SAP Barcelona (Sección 15.^a) núm. 81/2012, de 1 de marzo (Ponente: Marta Rallo Ayezccuren) (JUR 2012/177075).

⁸⁵ K.-H. THUME, «Die Haftung des Spediteurs...», *op. cit.*, p. 213; J. BASEDOW y C. JUNG, *Die Haftung der Paketdienste*, pp. 32 y 97.

⁸⁶ SAP Barcelona (Sección 15.^a) de 18 de junio de 1999 (Ponente: José Luis Concepción Rodríguez) (Roj: SAP B 6485/1999); y SAP Barcelona (Sección 15.^a) de 2 de junio de 2004 (Ponente: Luis Garrido Espa) (Roj: SAP B 7144/2004).

⁸⁷ K.-H. THUME, «Die Haftung des Spediterus...», *op. cit.*, p. 213.

⁸⁸ SAP Madrid (Sección 28.^a) núm. 101/2009, de 24 de abril (Ponente: Enrique García García) (Roj: SAP M 10695/2009).

⁸⁹ STS (Sala de lo Civil) de 10 de junio de 1987 (Ponente: Adolfo Carretero Pérez) (RJ 1987/4276), que aplica todavía el Convenio de Varsovia.

diferente [...] y que por su *modus operandi* ninguna relación guardan entre sí, por lo que el sufrimiento de uno no tenía por qué hacer más previsible el devenir del otro»⁹⁰.

e) En fin, los tribunales atienden igualmente a la *actuación del porteador* tras la desaparición del objeto transportado. El porteador debe investigar qué ha sucedido y hacer aquello que razonablemente esté en su mano para intentar recuperar la mercancía⁹¹. La obligación del porteador de guardar la cosa y restituirla incluye «el deber de adoptar todas las medidas a su alcance para evitar la pérdida o sustracción del bien y, llegado el caso, para lograr su recuperación»⁹². Además, es preciso que se actúe a partir del mismo momento en que se tenga conocimiento de que la mercancía se ha perdido, porque la experiencia del sector demuestra que solo obrando con rapidez existen posibilidades de éxito⁹³. La investigación incluye a los propios empleados, pero también a los destinatarios (para detectar, por ejemplo, si la mercancía se entregó a una persona equivocada)⁹⁴. Cuando este deber se incumpla, los tribunales pueden resolver que «la desidia [...] en la propia investigación de lo sucedido nos permite presumir la existencia de dolo»⁹⁵.

A menudo el intento de recuperar la mercancía implicará «la pronta denuncia de los hechos [...] sin necesidad de instrucción expresa por el titular»⁹⁶. Ello presupone, lógicamente, que existan indicios de que la desaparición de la mercancía obedece a un acto criminal, y no a un simple error o descuido de los operarios⁹⁷. El problema en la práctica es qué se debe entender por «pronta denuncia». Así, para los tribunales no merece gran reproche el conductor que, habiendo advertido el robo a las 12.15 horas, no llama a la policía hasta las 16.57 horas y no formaliza la denuncia hasta las 20.29 horas⁹⁸; ni tampoco el que no acude a comisaría la misma tarde de los hechos, sino al final de la mañana del día siguiente⁹⁹. Más aún, en un caso sometido al CMR en que el transportista no denunció la pérdida de las mercancías hasta transcurridos cinco meses, se considera que esta dilación «no es [...] de tanta entidad como para resultar sospechosa, siendo, por otro lado, entendible desde la lógica del funcionamiento del transporte internacional,

⁹⁰ SAP Madrid (Sección 28.ª) núm. 74/2013, de 8 de marzo (Ponente: Enrique García García) (Roj: SAP M 4021/2013).

⁹¹ W. BAUMANN, «Darlegungslast...», *op. cit.*, p. 191.

⁹² SAP Almería (Sección 3.ª) de 7 de noviembre de 2008 (Ponente: Jesús Martínez Abad) (Roj: SAP AL 996/2008).

⁹³ W. BAUMANN, «Darlegungslast...», *op. cit.*, p. 191.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ SAP Ciudad Real (Sección 2.ª) de 5 de junio de 2014 (Ponente: Fulgencio Víctor Velázquez de Castro Puerta).

⁹⁶ SAP Almería (Sección 3.ª) de 7 de noviembre de 2008 (Ponente: Jesús Martínez Abad) (Roj: SAP AL 996/2008); igualmente la SAP Barcelona (Sección 15.ª) de 15 de diciembre de 2008 (Ponente: María Elena Boet Serra) (Roj: SAP B 12264/2008), que valora positivamente la «inmediatez de la denuncia» ante la Guardia Civil.

⁹⁷ K.-H. THUME, «Die Haftung des Spediteurs...», *op. cit.*, p. 214.

⁹⁸ SAP Madrid (Sección 28.ª) núm. 74/2013, de 8 de marzo (Ponente: Enrique García García) (Roj: SAP M 4021/2013).

⁹⁹ SAP Madrid (Sección 28.ª) núm. 228/2013, de 12 de julio (Ponente: Enrique García García) (Roj: SAP M 13077/2013).

puesto que el transportista/asegurado actúa cuando recibe la noticia de que las destinatarias de las mercancías no las han recibido»¹⁰⁰.

3. Consecuencias

3.1. La tesis alemana de la «carga de esclarecimiento procesal»

En Alemania tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que la flexibilización de la carga de la prueba hace recaer sobre el demandado una «carga de esclarecimiento procesal» (*prozessuale Aufklärungsobliegenheit*)¹⁰¹. Cuando el demandante se encuentre en una situación de inferioridad probatoria respecto del demandado, pero hubiera aportado indicios (*Anhaltspunkte*) de dolo o culpa equivalente, surgirá para el demandado la carga de suministrar la información que obre en su poder, así como la que razonablemente pueda conseguir, acerca de cómo ocurrieron los hechos. Ello incluye datos como, por ejemplo, quién era el conductor, cuál el vehículo utilizado, qué dispositivos de seguridad tenía, dónde se aparcó, cuánto tiempo estuvieron las mercancías sin vigilancia, si hubo incidentes similares en el pasado, si se ha interrogado a los empleados, si los hechos se pusieron en conocimiento de la policía, etc.¹⁰². Es suficiente que proporcione una información plausible, sin que se requiera una prueba concluyente, a diferencia de lo que sucedería si el tribunal aplicara una auténtica inversión de la carga de la prueba (*Beweislastumkehr*)¹⁰³. Sin embargo, no basta con ofrecer explicaciones genéricas sobre la organización o la seguridad de la empresa, sino que debe hacerse referencia a las circunstancias concretas que rodearon al envío en que se perdieron las mercancías¹⁰⁴.

La carga de esclarecimiento procesal tiene como límite la buena fe y no se puede extender más allá de lo exigible, atendiendo a las circunstancias del caso concreto¹⁰⁵. Es preciso tener en cuenta, por ejemplo, que la probabilidad de recuperar la información empeora cuando el cargador o destinatario hubieran dejado pasar mucho tiempo antes de reclamar¹⁰⁶. Tampoco tiene sentido esperar

¹⁰⁰ SAP Girona (Sección 1.ª) núm. 243/2014, de 5 de septiembre (Ponente: Fernando Lacaba Sánchez) (Roj: SAP GI 834/2014).

¹⁰¹ Vid. entre otros I. KOLLER, *Transportrecht*, § 435 HGB núm. marg. 21b; R. HERBER, en *Münchener Kommentar zum HGB*, § 435 HGB núm. marg. 53-56a; D. GRAN, «Beweisführung...», *op. cit.*, pp. 851-855; PIPER, H., «Darlegungs- und Beweisfragen im CMR-Prozess», en *Transport - Wirtschaft - Recht. Gedächtnisschrift für Johann Georg Helm*, pp. 289-300, en pp. 293-295; H. NEUMANN, «Die unbeschränkte Haftung...», *op. cit.*, pp. 418-420; N. MARX, «Die Darlegungs- und Beweislast beim qualifizierten Verschulden im Transportrecht nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs», *TranspR*, 2010, pp. 174-179, en pp. 176-178. Un completo resumen de esta tesis se puede leer también en F. MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador...*, *op. cit.*, pp. 594-597.

¹⁰² I. KOLLER, *Transportrecht*, § 435 HGB núm. marg. 21c; F. MARX, «Die Darlegungs- und Beweislast...», *op. cit.*, pp. 177-178; F. MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador...*, *op. cit.*, p. 595.

¹⁰³ I. KOLLER, *Transportrecht*, § 435 HGB núm. marg. 21c.

¹⁰⁴ D. GRAN, «Beweisführung...», *op. cit.*, pp. 852-853.

¹⁰⁵ I. KOLLER, *Transportrecht*, § 435 HGB núm. marg. 21c.

¹⁰⁶ *Ibid.*

una documentación exhaustiva cuando se trate de mercancías de escaso valor¹⁰⁷. Además, la carga de esclarecimiento debe circunscribirse a la «esfera de organización» del demandado¹⁰⁸. Eso sí, este último concepto se debe interpretar en un sentido amplio, de forma que, cuando en el transporte hubiera intervenido algún subtransportista, parece que también habrá que obtener de este los datos que antes se han mencionado¹⁰⁹. Ello no significa un esfuerzo desproporcionado para el porteador si se tiene en cuenta que se trata de un sujeto por cuya actuación debe responder y que, por otro lado, en el contrato de subtransporte podría incluirse una obligación de información pensando en esta clase de situaciones¹¹⁰.

Cuando el demandado cumpla la carga y suministre la información, el demandante dispondrá de datos para intentar la prueba del dolo o culpa equivalente (por ejemplo, solicitando que intervenga como testigo el conductor cuya identidad le ha sido comunicada), y si no consigue dicha prueba, el demandado responderá de forma limitada¹¹¹. Por contra, cuando el demandado no se esfuerce por conseguir la información y aportarla en el proceso, se presumirá que actuó con dolo o culpa equivalente¹¹². En fin, una tercera situación que puede darse es que el demandado haya intentado de forma razonable esclarecer los hechos, pero ello no haya sido posible (por ejemplo, porque la empresa subtransportista ya no existe o porque un posible testigo ha fallecido). En este caso la carga de esclarecimiento procesal no se considerará incumplida y el riesgo del *non liquet* seguirá pesando sobre el demandante¹¹³. Aquí se aprecia de nuevo que el mecanismo de la «carga de esclarecimiento procesal» no consiste verdaderamente en una inversión de la carga de la prueba, porque si así fuera, también en este último supuesto se presumiría el dolo o culpa equivalente del demandado.

3.2. *La inversión de la carga de la prueba en la jurisprudencia española*

En España se ha afirmado que la tesis alemana de la «carga de esclarecimiento procesal» también encaja en nuestro ordenamiento jurídico¹¹⁴. No obstante, es dudoso que hasta la fecha pueda hablarse de una auténtica recepción de dicha doctrina en la jurisprudencia española, al menos por lo que se deduce de la lectura de las resoluciones judiciales. Hasta donde se ha podido averiguar, el término «deber de esclarecimiento procesal» se menciona en una sola sentencia, de forma

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ D. GRAN, «Beweisführung...», *op. cit.*, pp. 852-853; F. MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador...*, *op. cit.*, p. 595.

¹⁰⁹ F. MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador...*, *op. cit.*, p. 596 en nota 328.

¹¹⁰ D. GRAN, «Beweisführung...», *op. cit.*, p. 854.

¹¹¹ F. MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador...*, *op. cit.*, p. 596.

¹¹² I. KOLLER, *Transportrecht*, § 435 HGB núm. marg. 21d; R. HERBER, en *Münchener Kommentar zum HGB*, § 435 HGB núm. marg. 53; F. MARX, «Die Darlegungs- und Beweislast...», *op. cit.*, p. 177.

¹¹³ F. MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador...*, *op. cit.*, p. 597; F. MARTÍNEZ SANZ y A. PÜTZ, «Artículo 62», p. 746.

¹¹⁴ F. MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador...*, *op. cit.*, p. 598; F. MARTÍNEZ SANZ y A. PÜTZ, «Artículo 62», pp. 745-746.

tangencial y sin que se explique su significado o alcance¹¹⁵. La mayoría de resoluciones se concentran en el problema de los indicios de dolo o culpa equivalente, pero luego no especifican en qué consiste la flexibilización de la carga de la prueba, a diferencia de la jurisprudencia alemana. A menudo se emplean expresiones vagas, como «atemperar»¹¹⁶, «mitigar»¹¹⁷, o «suavizar»¹¹⁸ el rigor de las normas sobre el *onus probandi*.

Aunque sea un dato difícil de apreciar, parece que en muchos casos los tribunales de nuestro país aplican una simple inversión o desplazamiento de la carga probatoria. Así, cuando se verifican los tres presupuestos para flexibilizar la regla sobre la carga de la prueba (dificultad probatoria del demandante, facilidad probatoria del demandado e indicios verosímiles de dolo o culpa equivalente), el tribunal decide «invertir la carga de la prueba» y «desplazar la carga de una a otra parte»¹¹⁹; concluye que «será [...] el transportista quien haya de sufrir las consecuencias de la falta o insuficiencia de la prueba»¹²⁰; o resuelve «hacer recaer sobre la transportista la falta de prueba»¹²¹. En consecuencia, si el demandado no ha demostrado la ausencia de dolo o culpa equivalente durante el proceso, deberá soportar el riesgo del *non liquet* y será condenado a responder de forma ilimitada.

IV. CONCLUSIONES

1. Como regla general, el demandante soporta la carga de probar que existió dolo o culpa equivalente del porteador (o, en su caso, de sus auxiliares) si pretende que el demandado pierda el beneficio de la limitación de responsabilidad. No obstante, esta regla se podrá flexibilizar cuando se cumplan tres condiciones: primero, que el demandante se enfrente a una seria dificultad probatoria (como sucederá normalmente cuando las mercancías se pierdan mientras se encuentren bajo la custodia del porteador); segundo, que el demandado disponga de los medios de prueba o debiera disponer de ellos si hubiera actuado de forma dili-

¹¹⁵ Se trata de la SAP Barcelona (Sección 15.ª) de 15 de diciembre de 2008 (Ponente: María Elena Boet Serra) (Roj: SAP B 12264/2008), en cuyo fundamento tercero se lee que «no puede imputarse a la demandada incumplimiento del invocado por la actora “deber de esclarecimiento procesal” por cuanto la demandada ha explicado cómo se produjo la pérdida de las mercancías».

¹¹⁶ SAP Barcelona (Sección 15.ª) de 11 de enero de 2007 (Ponente: Blas Alberto González Navarro) (Roj: SAP B 2041/2007); SAP Barcelona (Sección 15.ª) de 18 de junio de 2009 (Ponente: María Elena Boet Serra) (Roj: SAP B 7459/2009).

¹¹⁷ SAP Barcelona (Sección 15.ª) de 18 de junio de 2009 (Ponente: María Elena Boet Serra) (Roj: SAP B 7459/2009).

¹¹⁸ SAP Barcelona (Sección 15.ª) de 7 de junio de 2004 (Ponente: Jordi Lluís Forgas Folch) (Roj: SAP B 7457/2004).

¹¹⁹ SAP Madrid (Sección 19.ª) de 5 de diciembre de 2005 (Ponente: Ramón Ruiz Jiménez) (SAP M 15022/2005).

¹²⁰ SAP Granada (Sección 3.ª) de 16 de enero de 2009 (SAP GR 8/2009) (Ponente: Enrique Pablo Pinazo Tobes).

¹²¹ SAP Barcelona (Sección 15.ª) de 10 de febrero de 1998 (Ponente: Marta Rallo Ayezuren) (Roj: SAP B 1408/1998).

gente; y tercero, que el demandante aporte indicios verosímiles de dolo o culpa equivalente.

2. Los indicios verosímiles son hechos o circunstancias que, sin constituir una prueba concluyente, permiten deducir con cierta probabilidad que ha habido dolo o culpa equivalente. No existe un catálogo cerrado de indicios. Los más empleados en la jurisprudencia suelen ser: que la mercancía desaparecida tuviera un gran volumen o peso, o una forma singular; que el porteador no hubiera explicado cómo se perdieron las mercancías; que durante el proceso hubiera existido una pasividad probatoria del demandado; que la organización empresarial del porteador se pueda reputar deficiente; y que el porteador no hubiera desarrollado una actuación adecuada tras la desaparición de las mercancías, con el fin de localizarlas o al menos de averiguar las causas de que se perdieran.

3. El valor de los indicios depende de las circunstancias del caso concreto. En algunas ocasiones los tribunales flexibilizan la regla sobre la carga de la prueba a partir de un solo indicio (sobre todo cuando se trata de la omisión de explicaciones en el ámbito de los servicios de paquetería o mensajería), pero en otros casos exigen que se aporten varios.

4. Aunque el examen de la jurisprudencia sobre responsabilidad del porteador no permita apreciar con claridad este dato, parece que los tribunales españoles traducen la flexibilización de la carga de la prueba en una auténtica inversión de dicha carga. De esta forma, cuando concurren los tres requisitos arriba expuestos, el *onus probandi* se desplazará a la parte demandada. Si esta no ha probado en el proceso la ausencia de dolo o culpa equivalente, deberá soportar el riesgo del *non liquet* y será condenada a responder por encima de los límites indemnizatorios.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS VARONA, F. J.: «El comportamiento subjetivo del porteador como causa para la pérdida de los beneficios de responsabilidad», *Rdt*, núm. 6, 2010, pp. 283-302.
- ASARIOTIS, R.: «Haftungsbegrenzung und deren Durchbrechung im Seehandelsrecht: die englische Auffassung», *TranspR*, 2004, pp. 147-152.
- BASEDOW, J.: *Der Transportvertrag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1987.
- BASEDOW, J., y JUNG, C.: *Die Haftung der Paketdienste*, Heidelberg, R.v. Decker, 1997.
- BAUMANN, W.: «Darlegungslast und Recherchepflicht im Transportrecht», *TranspR*, 2014, pp. 187-193.
- DAMAR, D., *Wilful Misconduct in International Transport Law*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2011.
- DE PAZ, J., *La responsabilidad en el transporte aéreo internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- EMPARANZA, A.: «Objeto, sujetos y reclamaciones en la nueva regulación del contrato de transporte terrestre de mercancías», en MENÉNDEZ (dir.), *Régimen jurídico del transporte terrestre: carreteras y ferrocarril*, t. II, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 663-708.
- ESCUIN, I.: *La limitación de la deuda indemnizatoria del porteador marítimo*, Granada, Comares, 2006.
- «Valoración del daño y de la suma indemnizatoria: la limitación de responsabilidad del porteador ferroviario», en EMPARANZA y RECALDE (dirs.), *El contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril*, Madrid, Civitas, 2008, pp. 261-280.

- FERNÁNDEZ-FIGARES, M.^a J.: «Incidencia de la inversión judicial de la carga de la prueba entre las partes en la seguridad jurídica y la tutela efectiva de los litigantes», *Diario La Ley*, núm. 8563, 17 de junio de 2015, pp. 10-14.
- GABALDÓN, J. L., *Curso de Derecho Marítimo Internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- GÓRRIZ, C.: «Transporte de mercancías, límite de responsabilidad y carga de la prueba (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de mayo de 1988)», *RJC*, núm. 2, 1999, pp. 223-239.
- *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías*, Bolonia, 2001.
- «El contrato de transporte terrestre de mercancías», en MENÉNDEZ (dir.), *Régimen jurídico del transporte terrestre: carreteras y ferrocarril*, t. II, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 709-854.
- GRAN, D.: «Beweisführung und Einfassungsobliegenheit bei qualifizierten Verschulden des Luftfrachtführers nach der Haftungsordnung des Warschauer Abkommens», en ERDMANN, GLOY y HERBER (Hrsg.), *Festschrift für Henning Piper*, München, C. H. Beck, 1996, pp. 847-855.
- HERBER, R.: «435 HGB», en *Münchener Kommentar zum HGB*, Bd. 7, 3.^a ed., München, C. H. Beck-Vahlen, 2014, pp. 271-288.
- JESSER-HUSS, H.: «Art. 29 CMR», en *Münchener Kommentar zum HGB*, Bd. 7, 3.^a ed., München, C. H. Beck-Vahlen, 2014, pp. 1772-1797.
- KOLLER, I.: «Zur Aufklärung über die Schadensentstehung im Straßentransportrecht - Zugleich ein Beitrag zur Beweislast im Rahmen des Art. 29 CMR», *VersR*, 1990, pp. 553-560.
- *Transportrecht*, 8.^a ed., München, C. H. Beck, 2013.
- MARTÍNEZ SANZ, F.: *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera*, Granada, Comares, 2002.
- MARTÍNEZ SANZ, F., y PÜTZ, A.: «Artículo 62», en DUQUE y MARTÍNEZ SANZ (dirs.), *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010, pp. 731-753.
- MARX, N.: «Die Darlegungs- und Beweislast beim qualifizierten Verschulden im Transportrecht nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs», *TranspR*, 2010, pp. 174-179.
- MATUSCHE-BECKMANN, A.: *Das Organisationsverschulden*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001.
- MÜLLER-ROSTIN, W.: «Die Unverbrüchlich der Haftungsgrenzen bei Frachtschäden im Montrealer Protokoll Nr. 4 und im Montrealer Übereinkommen von 1999», en SCHACHTSCHNEIDER, PIPER y HÜBSCH (Hrsg.), *Transport - Wirtschaft - Recht. Gedächtnisschrift für Johann Georg Helm*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, pp. 228-241.
- MUÑOZ PAREDES, A.: «La infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido como conducta equiparable al dolo en la nueva Ley del contrato de transporte terrestre de mercancías», en JUSTE, ESCRIBANO y ARRIBAS (coords.), *Cuestiones actuales de Derecho de la empresa: III Foro de encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 207-230.
- MUÑOZ SABATÉ, L.: *Fundamentos de prueba judicial civil*, Barcelona, J. M. Bosch, 2001.
- PAZOS, S.: «Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil», en ABEL LLUCH y PICÓ I JUNOY (dirs.), *Objeto y carga de prueba civil*, Barcelona, J. M. Bosch, 2007, pp. 79-100.
- PETIT, M.^a V.: *La responsabilidad por daños en el transporte aéreo internacional de mercancías*, Granada, Comares, 2007.
- PIPER, H.: «Darlegungs- und Beweisfragen im CMR-Prozess», en SCHACHTSCHNEIDER, PIPER y HÜBSCH (Hrsg.), *Transport - Wirtschaft - Recht. Gedächtnisschrift für Johann Georg Helm*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, pp. 289-300.
- RABE, D.: «Haftungsbegrenzungen und Haftungsdurchbrechungen im Seerecht», *TranspR*, 2004, pp. 142-146.
- REUSCHLE, F.: *Montrealer Übereinkommen*, 2.^a ed., Berlin, Walter de Gruyter, 2011.
- RUEDA MARTÍNEZ, J. A.: «La limitación de la responsabilidad del porteador en el transporte marítimo de mercancías», *ADM*, núm. 8, 1990, pp. 19-81.

- RUHWEDEL, E.: «Haftungsbegrenzung und deren Duschbrechung im Luftrecht oder: Die absolute Beschränkung der Haftung bei Schäden an Luftfrachtgüter», *TranspR*, 2004, pp. 137-141.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: «Artículo 1602», en PAZ-ARES, Díez-PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 1219-1224.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: *El contrato de transporte marítimo de mercancías*, 2.ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2010.
- SÁNCHEZ GAMBORINO, F. J.: «La llamada culpa equiparable al dolo y sus consecuencias en el contrato de transporte», *RDM*, núm. 216, 1995, pp. 723-736.
- STACHOW, J. C.: *Schweres Verschulden und Duschbrechung der beschränkten Haftung in modernen Transportrechtsabkommen*, Hamburg, LIT Verlag, 1998.
- THUME, K.-H.: «Die Haftung des Spediteurs für Kardinalfehler und grobe Organisationsmängel», *TranspR*, 1991, pp. 209-216.
- ZAMPONE, A.: *La condotta temeraria e consapevole nel diritto uniforme dei trasporti*, Milano, CEDAM, 1999.
- ZUNARELLI, S.: «La decadenza del vettore dal beneficio della limitazione della responsabilità», en AA.VV., *Il limite risarcitorio nell'ordinamento dei trasporti*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 133-151.