

PUBLICACIÓN TRIMESTRAL
ÓRGANO OFICIAL DE LA SECCIÓN ESPAÑOLA DE LA
ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO DE SEGUROS
(AIDA)

Redacción y Administración: Sagasta, 18, 3.^o izqda. 28004 Madrid.
Teléfs. 91 594 30 88 - Fax 91 594 31 50
e-mail: revista_espanola_seguros@seaida.com
www.seaida.com

Publicada por: Editorial Española de Seguros, S. L.

Dirección:

Director

José María Muñoz Paredes
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Oviedo

Director Adjunto

Joaquín Alarcón Fidalgo
Secretario General. SEAIDA

Consejo Científico:

Presidente: Fernando Sánchez Calero
Vicepresidente: Luis de Angulo Rodríguez

Vocales: Ricardo Alonso Soto
Luis Angulo Rodríguez
Jean Bigot
Ricardo de Ángel Yáñez
Arturo Díaz Bravo
Justino Duque Domínguez
Agostino Gambino
Rafael Illescas Ortiz

Secretaría de Redacción

Félix Benito Osma
Profesor Asociado de Derecho Mercantil
Universidad Carlos III de Madrid
María Luisa Muñoz Paredes
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Oviedo



Aurelio Menéndez Menéndez
María José Morillas Jarillo
Manuel Olivencia Ruiz
Francisco Soto Nieto
Javier Tirado Suárez
Evelio Verdera y Tuells
Mercedes Vergez Sánchez

Consejo de Redacción

Juan Bataller Grau
Catedrático Derecho Mercantil
Universidad Politécnica de Valencia

Javier Camacho de los Ríos
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Granada

Víctor Fuentes Camacho
Profesor Titular de Derecho Internacional
Privado
Universidad Complutense de Madrid

Rafael La Casa García
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

Mariano Medina Crespo
Abogado
Profesor Asociado de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos

Asunción Olmos Pildain
Abogado

Maria José Otazu Serrano
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad Pública de Navarra

Luis Manuel Piloñeta Alonso
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Oviedo

Eliseo Sierra Noguero
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Barcelona

Rocío Quintana Eiras
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de La Coruña

Teresa Rodríguez de las Heras Ballell
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad Carlos III de Madrid

Joaquín Ruiz Echauri
Profesor de Responsabilidad Civil
Universidad Pontificia Comillas (ICADE)

Francisco Sánchez-Gamborino Ortiz
Abogado

Milagros Sanz Parrilla
Abogado

Carlos Vargas Vasserot
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Almería.

Suscripción anual (4 números): España: 101 €. Unión Europea: 125,02 €.
Otros países: 128,01 €. Números sueltos: España: 24,25 €. Unión Europea: 33 €. Otros países: 42 €.

Impreso por: Anzor; Maquetado por: Lual Producciones, S.L.
La Zarzuela, 6. Pol. Ind. Cordel de la Carrera - 28940 Fuenlabrada (Madrid)

Depósito Legal: M. 2.208-1958

ISSN: 0034-9488

REVISTA ESPAÑOLA DE SEGUROS respeta las opiniones expuestas en los artículos
por sus autores, pero no se hace responsable de los conceptos contenidos en los mismos.
Los artículos publicados en esta revista pueden ser reproducidos citando su procedencia
y el nombre de su autor.

Revista Española de Seguros

2011
Enero
• Marzo
número
145

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES

- El principio de divisibilidad de la prima en el contrato de seguro.

Juan Bataller Grau.

- La exención por categorías de la prohibición de prácticas colusorias en el sector de los seguros: el nuevo Reglamento de la Comisión Europea.

Jesús Olavarria Iglesia.

- Hacia una autoridad de supervisión europea

Francisco Javier Vercher Moll.

ESTUDIOS PRÁCTICOS

- La eliminación de exenciones en el sector asegurador: más autoevaluación.

Maria Jesús Peñas Moyano.

R.E.S. 2011, 145



Págs.

5

7

29

63

97

99



SUMARIO: 1. Antecedentes de hecho y fundamentos de derecho de la sentencia del Tribunal Supremode 15 de julio de 2010. 2. Los límites de responsabilidad del transportista aéreo. 3. Régimen jurídico aplicable al transporte terrestre de mercancías convenido por el porteador en sustitución del aéreo contratado. 4. El seguro de transporte aéreo de mercancías. 5. Conclusiones.

1. ANTECEDENTES DE HECHO Y FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO¹ 15 DE JULIO DE 2010.

Inditex S.A. (“Inditex”) compró dos mil setecientas chaquetas de cuero a condiciones “Coste, Seguro y Flete” a una empresa hindú. La vendedora contrató un seguro de mercancías con AIG Europe SA (“AIG”) y concertó el transporte entre Nueva Delhi y Madrid con Alitalia Linee Aeree Italiane SpA (“Alitalia”), haciéndole saber que la compradora había exigido que “el transporte se hiciera por aire y en una sola expedición”.

Alitalia cobró el flete por el transporte aéreo y dispuso que el avión que salió de Nueva Delhi hiciera escala en Milán. A pesar de las instrucciones recibidas, Alitalia decidió que el transporte de la mayor parte del cargamento se efectuara en camión hasta Madrid a través de una empresa de transportes terrestres subcontratada. El resto de bultos siguió viaje aéreo y llegaron sin problemas. En cambio, la mercancía en camión fue robada durante una parada en una estación

¹ Recibido el 1 de diciembre de 2010 y aceptado el 15 siguiente.



de servicio de la autopista A-7 en Barcelona. AIG indemnizó a Inditex, se subrogó en sus derechos y acciones y reclamó 203.061 euros a Alitalia, invocando su responsabilidad en base a los artículos 1101 y 1902 del Código Civil.

El Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Madrid, en sentencia de 24 de mayo de 2004, acogió la oposición de Alitalia y condenó a la misma a pagar a la demandante una suma inferior (53.424 euros) a la reclamada en la demanda, de acuerdo con los límites indemnizatorios del artículo 22.2.b del Convenio para la unificación de ciertas **reglas** relativas al transporte aéreo internacional, hecho en Varsovia el 12 de octubre de 1929 ("Convenio de Varsovia"). El art 22.2.b del Convenio de Varsovia aplicado no se corresponde con la versión original, sino con el Convenio de Varsovia, según ha sido modificado en La Haya en 1955 y por el Protocolo número 4 de Montreal de 1975¹, versión que está en vigor en España desde el 14 de junio de 1998 (en adelante, "Convenio de Varsovia – Protocolo de Montreal núm. 4").

La Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25, en sentencia de 30 de enero de 2006, estimó el recurso de apelación de la aseguradora demandante y amplió la cuantía de la condena a la porteadora a la suma total reclamada por la misma, al considerar que no operaban los límites indemnizatorios del artículo arriba citado del Convenio de Varsovia.

El Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1^a, en sentencia de 15 de julio de 2010², declaró no haber lugar al recurso de casación planteado por Alitalia. Compartió con la Audiencia Provincial que el Convenio de Varsovia no era aplicable al acreditarse que la sustracción se originó por el descuido del camionero durante el transporte por carretera convenido por Alitalia en sustitución del aéreo contratado. El Tribunal Supremo señaló que tampoco se había planteado ninguna cuestión sobre el régimen jurídico **especial de los transportes terrestres**, por lo que confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid.

2. LOS LÍMITES DE RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA AÉREO.

Las empresas que participan en los transportes de mercancías, como expedidores y/o destinatarios, conocen o deben conocer que un principio general (siempre muy discutido) del derecho de los transportes es que el porteador abona las pérdidas y averías en el cargamento hasta unos límites variables que fija cada norma especial, generalmente en función del peso de la mercancía

1 BOE, núm. 34, de 4 de febrero de 1999.

2 JUR\2010\264021.



perdida o averiada. A 15 de octubre de 2010³, el valor de los límites de responsabilidad son aproximadamente los siguientes por kilo de mercancía perdida o dañada: unos 2 euros en el transporte marítimo internacional⁴; 6 euros en el transporte nacional por carretera⁵ y 10 euros en el transporte internacional por carretera⁶; 19 euros en el transporte internacional por ferrocarril⁷; 19 euros en el transporte aéreo nacional⁸ y entre 19 y 21 euros en el transporte aéreo internacional⁹.

3 A 15 de octubre, según el Fondo Monetario Internacional y el Banco de España, el cambio era el siguiente: 1 Derecho Especial de Giro ("DEG") equivale a 1,58 dólares estadounidenses; 1 dólar vale 0,71 euros. *Vid* para su actualización diaria www.imf.org y www.bde.es.

4 El art. 4.5.a. de las "Reglas de La Haya-Visby" (Convenio de Bruselas para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque de 25 de agosto de 1924, enmendado por los Protocolos de 23 de febrero de 1968 y de 21 de diciembre de 1979) dispone que el transportista no será responsable en una cuantía superior a 666,67 unidades de cuenta por bulto o unidad, o 2 unidades de cuenta por kilo de peso bruto de las mercancías perdidas o dañadas, aplicándose a ambos límites el más elevado. Su art. 4.5.d. aclara que la "unidad de cuenta" mencionada es el Derecho Especial de Giro ("DEG") definido por el Fondo Marítimo Internacional.

5 El art. 57.1 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías dispone que la indemnización por pérdida o avería no podrá exceder de un tercio del "Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples/día" por cada kilo de peso bruto de mercancía perdida o averiada. En 2010, el IPREM diario se fija en 17,75 euros. Para su actualización, *vid* www.iprem.es

6 El art. 23.3 del Protocolo de 5 de julio de 1978 al Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR), hecho en Ginebra el 19 de mayo de 1956, establece que la indemnización no podrá exceder de las 8,33 unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto que falte. Su art. 23.7 aclara que la "unidad de cuenta" también se refiere al arriba citado DEG.

7 El art. 30.2 de las Reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional por ferrocarril de mercancías **CIM-Apéndice B** del Convenio relativo a los **transportes internacionales por ferrocarril (COTIF)** de 9-5-1980- aprobado por Protocolo de 3 de junio de 1999, dispone que la indemnización no podrá exceder de 17 de unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto que falte.

8 El art. 118.1 de la Ley de navegación aérea, modificado por el Real Decreto 37/2001, dispone que la indemnización por pérdida o avería de la carga, se fija hasta el límite de 17 derechos especiales de giro por kilogramo de peso bruto.

9 El art. 22.1 del Convenio de Varsovia, tal y como ha sido enmendado por el Protocolo núm. 4 de Montreal de 1975, establece que la responsabilidad del porteador de mercancías se limita a la suma de 17 DEG. 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"), cuyo artículo 22.3 repite el mismo límite de indemnización de 17 DEG por kilogramo de mercancía (unos 38 euros). Sin embargo, como novedad, su artículo 24 establece una cláusula de revisión o actualización, por la cual el depositario del Convenio de Montreal, que es la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI), puede revisar los límites de responsabilidad cada 5 años con relación a un índice de inflación que corresponda a la tasa de inflación acumulada desde la revisión anterior o, la primera vez, desde la fecha de entrada en vigor del Convenio (4 de noviembre de 2003). OACI notificó en junio de 2009 a los Estados parte de esta organización intergubernamental que el tope indemnizatorio en caso de destrucción, pérdida, avería, retraso en el transporte de mercancías era de 19 DEG (unos 42 euros). Más ampliamente, *vid* GUERRERO LEBRÓN, M. J.: "La actualización de los límites indemnizatorios en el transporte aéreo: cuestiones de técnica legislativa", en *Derecho de los Negocios*, núm. 238, julio-agosto 2010.



Estos topes indemnizatorios están ideados para ser difícilmente franqueables, pues estas normas especiales pretenden garantizar su eficacia con un limitado número de excepciones que los dejan sin efecto. La más habitual es el dolo o culpa temeraria del porteador o de sus auxiliares o dependientes, a condición de que sea debidamente acreditado por el interesado. Para el expedidor o destinatario de las mercancías suele ser una prueba difícil de aportar en juicio, sobre todo cuando carecen de datos para saber qué ha ocurrido realmente durante el transporte si el porteador no quiere suministrarte esta información.

En especial para los transportes aéreos internacionales de mercancías, la posición de los porteadores está triplemente reforzada:

En primer lugar, los topes indemnizatorios por daños o pérdida de mercancías son muy bajos respecto a su valor real¹⁰. Por ejemplo, 8 cámaras de fotografía de alta definición por un valor de 5.000 euros pueden pesar unos 4 kilos. Conforme al Convenio de Varsovia- Protocolo de Montreal núm. 4, el importe de la indemnización a cargo del porteador es de 17 DEG, mientras que 19 DEG conforme al Convenio de Montreal. Esto supone que la indemnización máxima a abonar por el porteador aéreo al propietario en caso de pérdida total de las cámaras (por ejemplo, por robo) gira alrededor de 76 y 84 euros¹¹.

En segundo lugar, el artículo 24 del Convenio de Varsovia - Protocolo de Montreal núm. 4 y los artículos 22.5 y 30.3 del Convenio de Montreal no prevén expresamente que el dolo o culpa temeraria excluya los límites de responsabilidad del porteador de mercancías. En supone un cambio substancial respecto al texto original del Convenio de Varsovia de 1929 y al texto resultante de la enmienda introducida por el Protocolo de La Haya de 1955. El redactado vigente desde 1998 del artículo 24 del Convenio de Varsovia, tal y como resulta de la modificación introducida por el Protocolo de Montreal núm. 4 sólo prevé la exclusión por dolo o culpa temeraria en contra del porteador de pasajeros o de sus equipajes, pero no para el porteador de mercancías. Los artículos 22.5 y 30.3 del Convenio de Montreal (vigente en España desde 2004) siguen esta línea. Por tanto, los porteadores aéreos de mercancías han sido favorecidos en los últimos años con un cambio desconocido en los textos tradicionales. La doctrina ha criticado que con este cambio se pretende los límites de responsabilidad del porteador de mercancías sean "indestructibles", lo que ha sido calificado de injusto, abusivo, discriminatorio e inconstitucional¹².

10 Así, FOLCHI, M. O.: "Análisis jurídico general", en *Transporte aéreo internacional. Convenio para la uniformización de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional - Montreal, 1999*, dir. M. O. Folchi, Alada, 2002, p. 40.

11 Vid nota 3.

12 Vid DE PAZ MARTÍN, J.: *La responsabilidad en el transporte aéreo internacional. De Varsovia (1929) a Montreal (1999)*, Marcial Pons, Aeropuerto Don Quijote y Universidad de Castilla - La Mancha, 2006, pp. 258-261, y la doctrina allí citada.

En tercer lugar, para intentar garantizar que los porteadores aéreos no serán condenados judicialmente al pago de unas cuantías superiores a las establecidas en estos Convenios, el artículo 24 del Convenio de Varsovia (enmendado por Protocolo de Montreal núm. 4) y el artículo 29 del Convenio de Montreal prevén expresamente que toda acción de responsabilidad está sujeta a las condiciones y los límites de responsabilidad de estos convenios. Sin embargo, basta que los límites de responsabilidad sean bajos para que sea mayor el empeño de los afectados en buscar argumentos legales para dejarlos sin efecto¹³.

Finalmente, en relación a las estipulaciones en el contrato, el artículo 22.1 del Convenio de Varsovia (para el transporte de viajeros) y el artículo 25 del Convenio de Montreal disponen que el porteador puede estipular que el contrato de transporte esté sometido a límites de responsabilidad más elevados que los previstos en estos convenios, o que no esté sujeto a ningún límite de responsabilidad. Este aumento voluntario ha sido recientemente puesto en práctica gracias a la Resolución (32) 600b de la Conferencia de Servicio de Carga de IATA (*International Air Transport Association*)¹⁴, que aprueba las condiciones del contrato que deben incorporar sus aerolíneas afiliadas en sus propias cartas de porte aéreo en los siguientes 18 meses a contar desde el 1 de julio de 2010¹⁵. En concreto, el nuevo modelo-tipo aplica los límites de responsabilidad del porteador aéreo de mercancías de la Convención de Montreal en todas las rutas mundiales, esto es, 19 DEG por kilo (unos 21 euros). Así, las aerolíneas aumentan sus límites de responsabilidad en algunas rutas a las que no este Convenio no sería aplicable y los límites serían más bajos. Por ejemplo, cuando sea aplicable el Convenio de Varsovia tal y como ha sido modificado

13 DE PAZ MARTÍN, J.: *La responsabilidad...* p. 137, analiza críticamente los argumentos judiciales de las Audiencias Provinciales para romper los límites de responsabilidad del Convenio de Varsovia.

14 La contratación del transporte aéreo de mercancía consiste, como regla general, en la adhesión del cliente a las cláusulas contractuales de la carta de porte aéreo preparadas previamente por el transportista. A su vez, los términos de los contratos no varían mucho entre los transportistas pues están muy unificados gracias a la labor de la citada IATA. Se trata de una asociación privada con domicilio en Montreal, creada en 1945 y que agrupa como miembros a la inmensa mayoría de compañías aéreas con domicilio en Montreal. La promoción del comercio aéreo consta entre sus objetivos fundacionales y la redacción de un clausulado standard consta entre sus actividades para hacer realidad esta finalidad. En su página web, publica que tiene en la actualidad 230 miembros de 126 Estados repartidos por todo el mundo. PARADA VÁZQUEZ, J. D.: *La relación jurídica aeronáutica*, Cedecs, 1998, p. 44, señala que sus miembros son las compañías aéreas autorizadas a establecer servicios regulares por un Gobierno de un Estado parte de la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI).

15 Vid www.iata.com. Las Resoluciones sobre "condiciones generales del contrato" son vinculantes para las compañías afiliadas a IATA, mientras que las Prácticas recomendadas sobre "condiciones generales del transporte" son de seguimiento voluntario (FOGLIANI, E.: "Le condizioni generali del contratto di trasporto aereo" y ZAMPONE, A.: "Trasporto aereo i clausole vessatorie" en *Il nuovo diritto aeronautico in ricordo de G. Silingardi*, Giuffrè, Milán, 2002, pp. 678 y 693, respectivamente).

por el Protocolo de Montreal núm. 4, el importe máximo sería de 17 DEG (unos 19 euros), pero la aerolínea se compromete contractualmente a abonar 19 DEG por kilo de mercancía perdida o averiada.

3. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS CONVENIDO POR EL PORTEADOR EN SUSTITUCIÓN DEL AÉREO CONTRATADO.

Una preocupación especial de los transportistas aéreos de mercancías se deduce de las actividades de la IATA: no quedar sometidos a un régimen jurídico distinto cuando, para cumplir su obligación contractual, recurren a un modo de transporte no aéreo. Por ejemplo, el camión en vez de la aeronave. Puede obedecer a razones logísticas, pues su "centro nodal de operaciones" ¹⁶ (hub) está en Madrid o Londres y es más barato subcontratar el transporte en camión hasta destino. Otras veces, la aerolínea no tiene espacio o un avión disponible en ese momento para cumplir con la entrega del cargamento en destino.

Todo el sistema protector se desmorona en detrimento del transportista aéreo si el Convenio de Varsovia o el Convenio de Montreal no se aplican al transporte por carretera sustitutivo del aéreo¹⁷. No es una hipótesis puramente académica. Lo prueba la sentencia comentada, que no aplica el Convenio de Varsovia y condena al pago íntegro de las mercancías sustraídas. O la sentencia de la *Court of Appeal* británica "Quantum Corp Inc and others v. Plane Trucking Ltd and another"¹⁸, muy similar al caso español, en la que consideró que la fase terrestre sustitutiva del aéreo contratado no se regía por la carta de porte aéreo, sino por el Convenio CMR. Y en aplicación de su artículo 29, el reclamante podía probar el dolo o dolo eventual para dejar sin efecto los límites de responsabilidad de su artículo 23.

Esta inquietud de las compañías aéreas por extender la aplicación del Convenio de Varsovia o el Convenio de Montreal a los transportes no aéreos puede observarse en el nuevo modelo-tipo de carta de porte aéreo de IATA, arriba citado. Así, en el anverso de este documento contractual y en mayúscula de

se consta el siguiente anuncio: "todas las mercancías pueden ser transportadas por cualquier otro medio, incluyendo por carretera o cualquier otro transportista salvo instrucciones específicas en contrario impartidas por el cargador y el cargador acepta que el envío pueda ser remitido a través de los lugares de parada intermedia que el transportista considere apropiados. Se llama la atención del cargador al aviso relativo a la limitación de responsabilidad del transportista". En el reverso, la primera cláusula ha de decir que "Si el transporte tiene como último destino o una escala en un Estado parte distinto del de partida, el Convenio de Montreal o el Convenio de Varsovia puede ser aplicable a la responsabilidad del porteador en relación a la pérdida, daño o retraso en el cargamento. La limitación de responsabilidad del porteador de acuerdo con estos Convenios debe establecerse en la forma prevista en el subapartado 4 salvo que se haga una declaración de valor".

Como puede verse de su tenor literal de este modelo-tipo, IATA admite que el cargador se oponga expresamente a la sustitución del transporte aéreo convenido por otro alternativo. Sin embargo, no queda claro cuál sería entonces el régimen jurídico aplicable.

No es una cuestión baladí. Los riesgos del transporte de mercancías por carretera -que el cargador no ha contratado y al que se ha opuesto expresamente- son en general mayores a los aéreos. Además, incluso si el cargador dispone de un seguro "aéreo" de mercancías, podría quedarse sin cobertura atendiendo a los estrictos términos de la póliza. Por ello, constando la oposición expresa del cargador, este incumplimiento de contrato por parte del porteador podría llegar a ser considerado de tal gravedad que un tribunal resuelva que no procede limitar la responsabilidad del porteador¹⁹.

Ante este panorama, el Convenio de Montreal es el que parece ofrecer seguridad jurídica a todos los actores. O al menos así interpretamos su nuevo inciso final al artículo 18.4²⁰, hasta ahora desconocido en el sistema de Varsovia²¹: "Cuando un transportista, sin el consentimiento del expedidor, reemplace total o parcialmente el transporte previsto en el acuerdo entre las partes como transporte aéreo

16 Concepto en castellano empleado por BLOCH, R. D.: *El transporte multimodal. Análisis jurídico y operativo de un sistema integrado de transporte*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 240.

17 Es el caso resuelto por el Tribunal Supremo, que estima que no es aplicable el Convenio de Varsovia al transporte por carretera que sustituye al aéreo convenido.

18 En *Lloyd's Reports*, num. 2, pp. 25 y ss. La *Court of Appeal* dejó sin efecto la sentencia apelada de la *Queen's Bench Division (Commercial)*. CLARKE, M.: "A multimodal mix-up", en *The Journal of Business Law*, marzo, 2002, p. 211, consideró errónea esta decisión del tribunal inferior, pues aplicaba los límites más bajos previstos en la carta de porte aéreo en detrimento del Convenio CMR.

19 Así, CLARKE, M.: "Carrier's liability in Cross-border air cargo substitute transportation", en *European Transport Law*, núm. 3, 2005, p. 295, cita que en los países anglosajones la subcontratación no autorizada puede considerarse como una "deviation", un serio incumplimiento de contrato que priva al porteador de las defensas.

20 BERLINGIERI, F.: "Il trasporto...", *op. cit.*, pp. 618-619, califica esta norma como "peculiar", "complicada", sujeta a "problemas interpretativos".

21 Observan expresamente esta novedad autores como BERLINGIERI, F.: "Il trasporto di merci nella Convenzione di Montreal del 1999 sul trasporto aereo internazionale. Ambito temporale di applicazione della normativa uniforme e disciplina della responsabilità del vettore", en *Il nuovo diritto...*, *op. cit.*, pp. 618-619 y COMENALE PINTO, M.: "Reflexiones sobre la nueva Convención de Montreal de 1999 sobre el transporte aéreo", en *Revista de Derecho Privado*, núm. 6, julio-diciembre, pp. 188-189.

por otro modo de transporte, el transporte efectuado por otro modo se considerará comprendido en el período de transporte aéreo”²².

La doctrina ha señalado que este precepto legaliza las arriba citadas “cláusulas de sustituibilidad” de la carta de porte aéreo²³, por las que el porteador se reserva, si no hay oposición, la facultad “contractual” de cambiar el modo de transporte. El Convenio de Montreal concede esta facultad “legal” a los porteadores aéreos, sin consentimiento del cargador²⁴. Con la salvaguarda del Convenio de Montreal, el porteador aéreo queda, en teoría, a salvo del riesgo de someterse a un régimen jurídico general o especial aplicable al transporte no aéreo que fuese más gravoso para sus intereses.

4. EL SEGURO DE TRANSPORTE AÉREO DE MERCANCÍAS.

Frente a la escasa cuantía de los topes indemnizatorios del Convenio de Montreal y el Convenio de Varsovia, siguiendo el ejemplo de las cámaras fotográficas, el propietario puede garantizarse el reembolso del valor de las que hayan sido sustraídas mediante la contratación de un seguro de transporte aéreo de mercancías. Este seguro puede incluso cubrir también el porte abonado, otros gastos y el beneficio esperado, de forma que en caso de siniestro, el asegurado pueda cobrar entre el 110% y el 130% del valor de la mercancía averiada o perdida²⁵.

A pesar de su amplia difusión práctica, el seguro de transporte aéreo de mercancías es de contratación voluntaria²⁶. El tomador del seguro puede ser el propio transportista que, como servicio a sus clientes, les ofrece la posibilidad de hacer una declaración del valor (*ad valorem*). A cambio de una remuneración adicional (por ejemplo, el 7% adicional del valor de las mercancías), sus clientes tendrán la garantía de cobrar el importe real de las mercancías perdi-

das o dañadas y no simplemente en función de cuántos kilos pesaban. Puede ser una póliza por viaje o una póliza por un tiempo determinado que el porteador ha contratado y que cubre una pluralidad de viajes durante ese período, de modo que el porteador ofrece al cliente cobertura del cargamento concreto a cargo de esa póliza.

Otras veces, el exportador e importadores pueden optar por contratar directamente con una aseguradora sus propios seguros de mercancías. También puede contratarse para un viaje singular o para un determinado tiempo, que cubra todos los envíos del asegurado en ese período, bien previo aviso al asegurador de cada envío y fijándose una prima para cada viaje (póliza “flotante”), bien abonando una prima fija en función del volumen anual previsto de mercancías transportadas (póliza “por facturación”)²⁷. No obstante, hay otras variedades, libremente diseñadas por cada aseguradora²⁸.

Algunas aseguradoras españolas y otras extranjeras con derecho a operar en España en el ramo de “mercancías transportadas” ofertan y publicitan sus productos de seguro de transporte aéreo de mercancías²⁹. Suelen emplear las condiciones *Institute Cargo Clauses (Air)* (“ICC AIR”) del *Institute of London Underwriters*, (“ILU”), de modo que el mercado está bastante homogeneizado en cuanto a los términos del contrato³⁰. La razón es que las aseguradoras españolas preparan sus condicionados conforme a las cláusulas inglesas con la finalidad de acceder luego al mercado de reaseguro londinense³¹.

Inspiradas en las ICC (A) de seguros marítimos, las ICC AIR inglesas ofrecen una cobertura a todo riesgo con algunas excepciones expresamente establecidas: acto doloso del asegurado, pérdidas naturales, embalaje insuficiente, vicio propio, retraso, insolvencia o incapacidad financiera del transportista, armas nucleares, guerras y huelgas.

Hay dos cláusulas de las condiciones ICC AIR que merecen un comentario especial por su relevancia con la sentencia analizada del Tribunal Supremo.

22 En cambio, si el expedidor consiente, se trata de un transporte multimodal, al que será aplicable el derecho vigente para cada modo de transporte, de acuerdo con los artículos 31 del Convenio de Varsovia y 38 del Convenio de Montreal. En este sentido, *vid DE PAZ MARTÍN, J.: La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 231.

23 PETIT LAVALL, M. V.: *La responsabilidad por daños en el transporte aéreo internacional de mercancías*, Comares-CREDIT, Granada, 2007, p. 32.

24 En cambio, si porteador y expedidor consienten expresamente al modo alternativo al aéreo convenido, se trata de un transporte multimodal, al que será aplicable el derecho vigente para cada modo de transporte, de acuerdo con los artículos 31 del Convenio de Varsovia y 38 del Convenio de Montreal. En este sentido, *vid DE PAZ MARTÍN, J.: La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 231.

25 Así, DIAGO, J. M.: “El seguro de transporte de mercancías”, en *Gestión del cobro de las operaciones de venta internacional*, dirigido por J. Rubio y coordinado por A. Ortega, Editorial Club Universitario, Alicante, 2005, p. 106.

26 TAPIA SALINAS, L.: *Derecho aeronáutico*, 2^a ed. Bosch, Barcelona, p. 537.

27 BONET ARMENGOL, F.: *Los seguros de mercancías en el comercio internacional*, 3^a ed., Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, Barcelona, 1988, p. 67, señala que la póliza especial o por viaje es la de mayor uso y la primera en aparecer. La póliza de abono y flotante, también de amplia difusión, ha ido emparejada al desarrollo del comercio internacional.

28 DIAGO, J. M.: “El seguro...”, *op. cit.*, pp. 116-118, distingue entre póliza flotante (de aviso preceptivo) y póliza de facturación (sin el inconveniente de los avisos) y alude a otras variantes de la práctica. *Vid* también la publicidad comercial de Liberty, Mapfre o Axa.

29 *Vid* la publicidad comercial de aseguradoras de transportes aéreos de mercancías como Mapfre, Generali, Caser, Liberty, Axa o Chartis.

30 DIAGO, J. M.: “El seguro...”, *op. cit.*, p. 115. *Vid* la publicidad de Mapfre o Liberty sobre uso de las condiciones inglesas. Axa publicita la cobertura en condiciones ICC AIR como adicional.

31 Así, GUERRERO LEBRÓN, M. J.: *Los seguros aéreos. Los seguros de aerolíneas y operadores aéreos*, Marcial Pons y Centro de Derecho del Transporte Internacional, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, 2009, p. 26.

En primer lugar, la póliza contratada a condiciones ICC AIR no cubre sólo la fase aérea, sino "de almacén a almacén"³². Según sus cláusulas 5.1 de la versión de 1 de enero de 1982 y 6.1 de la versión de 1 de enero de 2009, el seguro está en vigor desde que la mercancía deja el almacén de origen hasta que se entrega en el almacén de destino o en otro lugar que el asegurado utilice para la distribución o a los 30 días después de finalizar la descarga de la mercancía de la aeronave en el lugar final de descarga, lo que ocurra primero. Por tanto, un único seguro cubre daños o pérdidas en las mercancías aseguradas que pueden originarse en las fases aéreas y no aéreas del transporte convenido.

En segundo lugar, *el contrato de seguro en términos ICC AIR puede cubrir incluso la hipótesis en que el porteador aéreo sustituye el viaje en avión convenido por otro modo de transporte alternativo*. Sus cláusulas 5.3 de la versión de 1 de enero de 1982 y 6.3 de la versión de 1 de enero de 2009 disponen que el seguro debe permanecer en vigor durante el retraso no imputable al asegurado, cualquier desvío, descarga forzosa, reenvío o transbordo y durante cualquier variación de la aventura que surja del ejercicio de un derecho concedido al porteador aéreo en el contrato de transporte³³. Dado que es usual, como hemos visto, que las cartas de porte aéreo concedan el derecho al porteador a cambiar el modo de transporte, en principio le bastaría al asegurado con no oponerse a esta cláusula.

Sin embargo, el desplazamiento sobre el asegurador de los riesgos vinculados a cambios en el transporte contratado está condicionado a los términos de la póliza de seguro y de la propia Ley. Por un lado, la póliza puede incluir una condición que imponga al asegurado oponerse expresamente en el momento de contratar el transporte aéreo a reconocer al porteador a cambiar el modo de transporte. Quizá fue este el caso de Inditex en la sentencia comentada y de ahí que exigiera que "el transporte se hiciera por aire y en una sola expedición". Por otro lado, el asegurado está sometido a los efectos legales derivados del incumplimiento de su declaración inicial de riesgo (art. 10 LCS) o de la comu-

nicación al asegurador en caso de agravación de riesgos (arts. 11 y 12 LCS). Por ejemplo, para que haya cobertura plena, hay que valorar si el asegurado conocía el uso del camión en vez de la aeronave al contratar el seguro y no lo declaró; o si al conocerlo luego, no dio aviso al asegurador.

5. CONCLUSIONES.

Primera: Los límites de responsabilidad del porteador aéreo por daños o pérdidas de las mercancías en el Convenio de Varsovia y el Convenio de Montreal dependen del peso en kilogramos de las mercancías perdidas o dañadas. El importe de la indemnización en caso de siniestro puede ser muy bajos en contraste con el valor real de las mercancías.

Segunda: El contrato de seguro de transporte de mercancías, bien sea contratado directamente por el expedidor/destinatario, bien a través de una remuneración adicional al porteador en concepto de prima de seguro *ad valorem*, desplaza sobre el asegurador los riesgos vinculados con la insuficiencia de la indemnización debido a los citados topes indemnizatorios.

Tercera: En caso de que el daño o pérdida de las mercancías se origine durante un transporte terrestre convenido por el porteador en sustitución del aéreo contratado, el Tribunal Supremo no ha aplicado los topes indemnizatorios del Convenio de Varsovia, sino la satisfacción íntegra conforme al Código Civil. En este caso, no se planteó ninguna cuestión sobre el régimen jurídico especial de los transportes terrestres (por ejemplo, el Convenio CMR), que quizá si se hubiese alegado, podría haberse estimado que era de aplicación.

Cuarta: El Convenio de Montreal contiene una novedad respecto a Convenio de Varsovia en tema de cambio del modo de transporte. Su artículo 18.4 *in fine* señala que "cuando el transportista, sin el consentimiento del expedidor, reemplace total o parcialmente el transporte previsto en el acuerdo entre las partes como transporte aéreo por otro modo de transporte, el transporte efectuado por otro modo se considerará comprendido en el período de transporte aéreo".

Quinta: El contrato de seguro en términos ICC AIR, los de mayor difusión en la práctica, puede cubrir incluso la hipótesis en que el porteador aéreo sustituye el viaje en avión convenido por otro modo de transporte alternativo (por ejemplo, el camión). Sin embargo, la cobertura puede estar también condicionada a cuál haya sido la conducta del asegurado, por ejemplo, si se ha opuesto a la sustitución tal y como puede imponer la póliza de seguro; si conocía el uso del camión y no lo declaró al contratar el seguro aéreo; o si, conociéndolo luego, no informó a la aseguradora de esta circunstancia.

³² ZABAleta SARASÚA, S.: "Las cláusulas del Instituto para mercancías", en Ruiz Soroa, J. M., Arranz de Diego, A. y Zabaleta Sarasúa, S.: *Manual de Derecho del seguro marítimo*, Gobierno Vasco, 1993, Vitoria, p. 361, recuerda que la introducción a finales del siglo XIX (para los seguros marítimos) de la cláusula "de almacén a almacén" supuso el "paso más importante en la evolución de la duración de la cobertura en seguro marítimo de mercancías". En 1982, devino la cláusula "de tránsito". MORILLAS JA-RILLO, M. J.: "Seguros de transporte", en *El transporte terrestre nacional e internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997, pp. 434-435, analiza la jurisprudencia española que admite la validez de la cláusula "de almacén a almacén".

³³ También las condiciones ICC (A) del seguro marítimo contrastan con el Código de Comercio español, conforme al cual el cambio voluntario de derrotero o de viaje deja sin efecto la obligación de los aseguradores de indemnizar los daños y perjuicios que sobrevengan a las cosas aseguradas (art. 756.1 Código de Comercio). Así, GABALDÓN GARCÍA, J. L. y RUIZ SOROA, J. M.: *Manual de Derecho de la navegación marítima*, 3^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, p. 885.