

AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA, 7 junio 2003

AC 2004\1085

Sentencia Audiencia Provincial Valencia núm. 405/2003 (Sección 6ª), de 7 junio

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 142/2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Vicente Ortega Llorca.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: COMPRAVENTA INTERNACIONAL: de mercaderías: norma reguladora del contrato: Convención de las Naciones Unidas 11 abril 1980: interpretación de dicha normativa; suministro de uva concentrada: resolución contractual: cumplimiento por la entidad vendedora de sus obligaciones contractuales: frustración del contrato imputable al comportamiento de la compradora: daños y perjuicios: determinación.

La Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Valencia estima en parte el recurso de apelación planteado por la entidad «Americana Juice Import, INC» contra la Sentencia dictada, en fecha 02-12-2002, por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 16 de dicha capital, en autos de juicio de mayor cuantía, sobre compraventa internacional, revocando también en parte la meritada Resolución.

Texto:

En la ciudad de Valencia, a 07 de junio de 2003.

La Sección sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, integrada por los señores del margen, ha visto el presente recurso de apelación, interpuesto contra la sentencia de fecha dos de diciembre de dos mil dos, recaída en autos de juicio de mayor cuantía núm. 435 de 1998, tramitados por el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de los de Valencia, sobre compraventa internacional.

Han sido partes en el recurso, como apelante, Americana Juice Import, INC., representada por la Procuradora Dª. Gemma García Miquel y asistida del Letrado D. José del Moral Barilari, y, como apelada, Cherubino Valsangiacomo, SA, representada por la Procuradora Dª. Concepción Teschendorff Cerezo y asistida del Letrado D. Ignacio Alamar Llinás.

Es Ponente Don Vicente Ortega Llorca, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO La parte dispositiva de la sentencia apelada dice: « QUE ESTIMANDO LA DEMANDA interpuesta por la entidad Cherubino Valsangiacomo, SA representada por la Procuradora de los Tribunales Doña Concepción Teschendorff Cerezo, contra la entidad Americana Juice Import, INC, con representación procesal ostentada por la Procuradora de los Tribunales Dª Gemma García Miquel, debo declarar y declaro haber lugar a la misma, y, en consecuencia, declarando la resolución contractual del que es objeto del presente procedimiento, con remisión, a efectos de su identificación a los Fundamentos Jurídicos de la misma, debo condenar y condeno a la citada demandada a que, firme que sea la presente Sentencia, abone a la parte actora, o a quien legitimamente le represente, la cantidad de DIECISIETE MILLONES QUINIENTAS CINCUENTA Y DOS MIL CIENTO CINCUENTA Y OCHO (17.552.158 pesetas), que efectivamente le son adeudadas, con más los intereses legales procedentes, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada, y, DESESTIMANDO LA DEMANDA interpuesta por la entidad Americana Juicie Import, INC, contra la entidad Cherubino Valsangiacomo, SA, con las representaciones procesales indicadas, debo declarar y declaro no haber lugar a la misma, y, en consecuencia debo de absolver y absuelvo de los pedimentos deducidos contra la misma, con expresa imposición de costas a la actora».

SEGUNDO La parte demanda interpuso recurso de apelación, alegando, en síntesis, que: 1) La norma aplicable es el Convenio de Viena sobre Compraventa

Internacional de Mercaderías de 1980 (RCL 1991, 229 y RCL 1996, 2896) , lo que determina que se deban aplicar las normas de la CV en lugar de las del Código Civil (LEG 1889, 27) y Código de Comercio (LEG 1885, 21) , y que si surgen dudas o lagunas, deberán interpretarse «en clave internacional» evitando aplicar automáticamente los parámetros creados para las compraventas no internacionales de cada Estado. Es el principio de interpretación autónoma de la CV, que recoge su artículo 7.

2) El principal argumento de la Sentencia de Instancia, es que si la mercancía estaba fuera de especificación cuando se entregó, fue porque Americana se retrasó en recogerla. Sin embargo: -No hubo retraso porque el plazo del contrato se estableció a favor de Americana, así se extrae del artículo 33 b) CV interpretado conforme los Incoterms.

-No existió ejercicio abusivo de la facultad de elegir el momento de carga porque de contrario no se ha presentado orden de carga alguna que hubiera sido arbitrariamente alterada por Americana.

-No hay retraso porque el contrato no se perfeccionó el 15 de octubre sino el 7 de noviembre (artículo 19 CV).

-Es falso que la planta concentradora de mosto de Cherubino sólo trabajase para Americana.

-Es falso que Americana tuviera dificultades financieras para pagar el precio de la compraventa

-Precisiones sobre la cláusula EXFACTORY: o Sólo produce efectos cuando los documentos sean correctos, lo que no ocurre en este caso porque Cherubino no aportó un certificado que determinase el color del producto. o Sólo determina la transmisión del riesgo de la cosa y no el plazo para denunciar sus vicios, que se regula por el artículo 39 de la Convención que lo sitúa «dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto». o El artículo 40 CV hace irrelevante la cláusula EXFACTORY para la resolución de este caso, porque la falta de conformidad se refiere a hechos que el vendedor conocía o no podía ignorar y que no reveló al comprador.

3) La que incumplió el contrato fue Cherubino

-Es un hecho probado que Cherubino incumplió el contrato porque él mismo ha reconocido que antes de entregar la mercancía ésta estaba fuera de especificación, no cumplía las condiciones de color pactadas en el contrato (prueba documental + confesión de Don Jorge).

-Dicha falta de color debe ser considerada como IMPORTANTE. Ya que así ha sido calificada por el perito judicial.

-Esta circunstancia justifica la resolución contractual y la petición de daños y perjuicios por Americana, que ha quedado también acreditada.

4) Error en la apreciación de la prueba de los pretendidos daños y perjuicios sufridos por Cherubino.

Cherubino ha pedido unos daños (en base, sobre todo, al informe del auditor presentado como documento 42 de su demanda) sin tener en cuenta que, como él mismo reconoce, procedió a vender la mercancía no servida a Americana, con lo que dichos daños, aunque fuesen ciertos, se habrían minorado con el precio obtenido de dicha venta. Cherubino podría haber reclamado algo si hubiere presentado prueba de que estos nuevos compradores pagaron un precio inferior al pactado con Americana.

Esta recolocación ha sido reconocida por Cherubino en la páginas 2 y 47 de su escrito de resumen de prueba.

Don Pedro no ha tenido en cuenta este dato para realizar su informe contable de los daños.

5) Valoración de la prueba practicada sobre los daños y perjuicios alegados por Americana. Americana reclama como daño es el Extracoste en el que incurrió al tener que acudir, ya avanzada la temporada, al mercado abierto para comprar, a mayor precio, producto adecuado para cumplir sus compromisos con Nestlé. Su carga de la prueba era la de: ? Demostrar que Cherubino conocía que iba a destinar dicha mercancía para cubrir un pedido de Nestlé (Documentos 2 y 101 de su demanda, y Documentos 231 de la de Americana)

-Los daños y perjuicios derivados de no haberlo podido cubrir en la proporción y con las condiciones previstas con el producto de Cherubino. Recogidos en el informe de expertos contables presentado como Documento 12 de la demanda de Americana.

6) Sobre la pretensión subsidiaria de quanti minoris planteada por Americana.

Probado que Cherubino entregó una mercancía con un 21% menos del color pactado, y habiendo sido calificado dicha caída de color como importante por el perito, se dan los presupuestos para que reducir equitativamente el precio de la compraventa ejecutada. En consecuencia, Cherubino debería devolver el exceso de precio cobrado a Americana según la moderación hecha por el Tribunal y los 200.000 \$ que tiene todavía en su poder y que iban a servir para el pago de unos envíos que nunca se producirán (por efecto de la resolución).

SOLICITÓ SENTENCIA por la que: 1) Revocando íntegramente la sentencia de instancia, proceda a: Rechazar íntegramente y con costas la demanda interpuesta por Cherubino Valsangiacomo contra Americana Juice Imports. Admitir íntegramente y con costas la demanda interpuesta por Americana JUICE IMPORTS contra Cherubino Valsangiacomo.

2) Subsidiariamente, revocando parcialmente la sentencia de instancia, proceda a: No condenar a Americana al pago de indemnización alguna, por falta de prueba de los daños y perjuicios alegados por Cherubino. Rechazando la compensación judicial. No condenar en costas a Americana por su demanda, al apreciar la existencia de serias dudas de hecho o de derecho.

TERCERO Dado traslado del escrito de interposición del recurso, la defensa de Cherubino presentó escrito de oposición al recurso, argumentando, en síntesis, que

1. Americana adquirió a Cherubino 1500 toneladas (297.000 galones) de mosto concentrado, 68 grados brix, de los cuales retiró 258.110 litros (68.193 galones), incurriendo de este modo en incumplimiento contractual.

2. Cherubino reclama la suma de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, que quedan cuantificados en 46.952.158 pesetas, más los intereses de demora, gastos y costas. Importe que debe minorarse en virtud de la compensación judicial, con la cantidad de 200.000 dólares (29.400.000 pesetas), que se encuentra en depósito en poder de Cherubino.

3. Americana invoca que el mosto concentrado no poseía la intensidad colorante pactada, lo cual no es cierto pues Americana aceptó sin reservas la entrega del mosto concentrado. Igualmente, el buen estado de la mercancía consta acreditado en virtud de los análisis oficiales realizados por el Servicio de Análisis Agroalimentario de la Consellería de Agricultura, Pesca y Alimentación. Y finalmente, la adecuación de la mercancía al contrato se deduce del hecho de haber satisfecho

el «Texas State Bank» el 30% del importe de la carta de crédito abierta por Americana, según lo pactado, por cada entrega, pues toda la documentación era conforme con el condicionado de la misma.

4. La carga de la prueba sobre el supuesto incumplimiento contractual de Cherubino, por pérdida de color, o por cualquier otro extremo incumbe a Americana, quien nada ha conseguido probar. Respecto del color que tuviera el mosto concentrado al tiempo de la puesta a disposición de Americana, no existe prueba que permita sostener que carecía de la intensidad colorante pactada. Ha resultado acreditado a través de la pericial, que dado el tiempo transcurrido desde que se puso a disposición de Americana, hasta la fecha presente, resulta imposible deducir la intensidad colorante del mosto concentrado al tiempo de su puesta a disposición.

5. Respecto de una supuesta pérdida sobrevenida de color, resulta esencial para la determinación del riesgo la condición pactada entre las partes «EXFACTORY». Por ello, la mercancía fue puesta a disposición de Americana en las instalaciones de Cherubino, en Chiva. Y desde este lugar, asumió Americana todo el riesgo de la compraventa.

6. Americana incurrió en mora accipiendi al no haber confirmado la carta de crédito, ni retirado la mercancía en el momento en que ésta se hallaba a su disposición, según lo pactado, por lo cual le es imputable la pérdida de intensidad colorante que pudiera sufrir la mercancía por efecto del transcurso del tiempo o de cualquier otra circunstancia.

7. Por tratarse de una venta «Ex Factory» el transporte del mosto concentrado era a cargo y por cuenta de Americana, por lo que ésta es la única responsable de las condiciones en que el mismo se llevó a cabo. Y el perito advierte las deficiencias del medio de transporte y de la ruta elegida. Igualmente es responsable del tiempo transcurrido desde que retiró el mosto concentrado, en Chiva, hasta su recepción en USA.

8. Las razones que le sirven de pretexto a Americana para sustentar su propio incumplimiento, relativas a la pérdida de color del mosto concentrado servido por Cherubino resultan desvirtuadas por la documentación y correspondencia obrante en autos. Prueba de ello es que a fecha 12 de febrero de 1998 seguía interesada en el pedido de mosto concentrado.

9. Americana incurrió en contradicciones intentando justificar su incumplimiento contractual con argumentos que ya no ha invocado en el recurso

10. No existe prueba las alegaciones de Americana relativas a la supuesta falta de calidad del mosto concentrado (uva podrida, quiebra oxidásica, falta de color). Al contrario, la prueba confirma las tesis mantenidas por Cherubino.

11. En cualquier caso, como presupuesto necesario para poder reclamar en sede judicial, Americana debería haberla puesto a disposición de Cherubino el mosto concentrado previamente servido por este, en su totalidad, lo que no ha hecho.

12. Para haber resuelto el contrato, Americana debería haberlo notificado a Cherubino, lo que no ha hecho.

CUARTO Recibidos los autos por este Tribunal, se señaló para deliberación y votación el día 02 de junio de 2003, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución impugnada, sólo en cuanto no se opongan a los de ésta.

PRIMERO No le falta razón a la recurrente cuando sostiene que el vínculo que une a las partes es un contrato de compraventa internacional, así lo denomina la sentencia impugnada, y lo admite la parte recurrente. En consecuencia, siendo así que la vendedora tiene en España (Chiva, Valencia) su establecimiento que guarda la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento (artículo 10), y la compradora los tiene en USA, Estados ambos firmantes de la Convención (RCL 1991, 229 y RCL 1996, 2896) , que se trata de un contrato de suministro de mercaderías (mosto de uva concentrado) no excluido por sus artículos 2 y 3, y que el contrato se concertó en 1997, tras la entrada en vigor en España, ninguna duda cabe de que la norma que regula el contrato controvertido es la Convención de las Naciones Unidas de 11 abril 1980, sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, a la que se adhirió España por Instrumento de 17 julio 1990. Así se extrae de su artículo 1, conforme al cual la Convención «se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: a) Cuando esos Estados sean Estados contratantes; o b) Cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la Ley de un Estado contratante».

Su espíritu es lograr una Ley uniforme no sólo en su texto, sino también en la manera debe ser aplicada por los tribunales mediante una interpretación uniforme. En este sentido, su artículo 7.1 establece que «1. En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

SEGUNDO «Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la Ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado».

Este cometido de interpretación uniforme está también presente en otras convenciones, por lo que es ya un tópico que revela una tendencia actual en el Derecho Mercantil Internacional.

Así, debido a la importancia de esta cuestión, es relevante el comentario del Secretariado de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, en inglés Uncitral) sobre las normas y principios contenidos en el artículo 7 de la Convención. «Las reglas nacionales sobre compraventa de mercaderías están sujetas a profundas diferencias de aproximación y concepto. Así, es de especial importancia evitar interpretaciones diferentes de ésta convención por parte de los tribunales nacionales, dependiendo cada interpretación de los conceptos usados en sistema legal del país del foro. Con éste propósito, el artículo 6 (contraparte en el borrador del artículo 7 de la convención) enfatiza la importancia de que en la interpretación y aplicación de las disposiciones de la convención se tome en cuenta el carácter internacional de la convención y la necesidad de promover la uniformidad».

La doctrina sostiene que el carácter internacional obliga a interpretar la Convención de manera autónoma frente al derecho nacional, para lo que incluso es necesario adoptar una metodología distinta que la utilizada para aplicar el derecho doméstico. La única manera de asegurar la uniformidad en su aplicación es tomando en cuenta lo que otros tribunales en otros países han hecho al momento de aplicarla en los casos que les han sido sometidos, así como consultar las opiniones expertas de los tratadistas en la materia para lograr esta uniformidad.

Respondiendo a los cometidos citados, se ha ido desarrollando un conjunto de precedentes para la interpretación y aplicación de la Convención. Así, el Secretariado de la Uncitral (CNUDMI, en español) ha establecido un sistema para la compilación y diseminación de información sobre decisiones judiciales y arbitrales

vinculadas con las convenciones y Leyes modelo que han emanado del trabajo de la comisión. El propósito del sistema de precedentes es promover la concienciación internacional de los textos legales formulados por la comisión y facilitar la interpretación y aplicación uniforme de los mismos. Este sistema de compilación de precedentes se encuentra explicado en el documento A/CN.9/SER.C/GUIDE/1 del Secretariado. Desde 1994 se han compilado más de cuatrocientos casos que se refieren a diferentes artículos de la Convención, que provienen de jurisdicciones tan distintas como Argentina, Australia, Austria, Bélgica, la República Popular China, Dinamarca, el Tribunal Europeo de Justicia, Francia, Alemania, Hungría, la Cámara Internacional de Comercio, el Tribunal de Reclamaciones entre Irán y los Estados Unidos, Israel, Italia, México, Holanda, la Federación Rusa, España, Suiza y los Estados Unidos de América.

TERCERO Al mismo propósito unificador responden los Incoterms, que son un conjunto de normas internacionales para la interpretación de los términos de intercambio comercial más comunes, que definen las posiciones en donde comienzan y terminan los riesgos de los embarcadores, transportadores y consignatarios. Este conjunto de reglas, publicadas inicialmente en 1936 por la International Chamber of Commerce (ICC), se revisan cada 10 años. Constituyen en el comercio internacional un idioma común y universal, fruto de las prácticas comerciales internacionales, de fácil comprensión para las partes intervinientes, son de aceptación voluntaria por éstas, y determinan el alcance de las cláusulas del contrato de compraventa internacional, mediante siglas o abreviaturas que indican su contenido.

El propósito de los Incoterms es el de proveer un grupo de reglas internacionales para la interpretación de los términos más usados en el Comercio internacional. Los Incoterms en su uniformidad y extensión, reducen la incertidumbre derivada de las múltiples interpretaciones que países con legislación, usos y costumbres diferentes, suelen dar a las transacciones comerciales.

La Uncitral ha recomendado el uso mundial de los Incoterms 2000, pues considera que este conjunto de definiciones comerciales, elaboradas por el empresariado privado en oposición a los reguladores comerciales, armonizan las Leyes que gobiernan el comercio internacional y los califica «como una valiosa contribución a la facilitación del comercio internacional». Otra agencia de las Naciones Unidas, la Comisión Económica para Europa, ha renovado su propia recomendación Número 5, que refiere a que los Incoterms deben ser indicados por su correcta abreviación de tres letras, como por ejemplo EXW, FOB, FCA, y CIF.

Los Incoterms se dividen en 4 grupos:

Grupo 1 Grupo 2 Grupo 3 Grupo 4 E X W F A S F O B F C A C F R C P T C I F C I
P D E S D E Q D D U D D P D A F

A medida que se pasa de una condición de venta a otra, en el orden establecido en los Incoterms, aumentan las obligaciones del vendedor y disminuyen las del comprador.

Así pues, la Convención (RCL 1991, 229 y RCL 1996, 2896) , los precedentes de otros tribunales nacionales o extranjeros, nuestro propio derecho interno, los acuerdos contractuales, las pretensiones de las partes, y las pruebas practicadas serán los instrumentos a través de los cuales intentaremos dar respuesta justa a las cuestiones planteadas.

Conforme al Incoterm Exw Ex -Works, Ex -Factory, Ex -Warehouse, «el vendedor ha cumplido su obligación de entregar al poner la mercadería en su fábrica, taller, etc. a disposición del comprador. No es responsable ni de cargar la mercadería en el vehículo proporcionado por el comprador ni de despacharla de aduana para la exportación, salvo acuerdo en otro sentido. El comprador soporta todos los gastos y

riesgos de retirar la mercadería desde el domicilio del vendedor hasta su destino final».

CUARTO No es cierto que Americana fuera la única beneficiaria del plazo de cumplimiento del contrato, ni que por ello pudiera, dentro de todo el período contractual, desde octubre de 1997 a febrero de 1998, decidir unilateralmente el momento de hacerse cargo de las mercaderías, pues significaría que la otra parte habría debido tener a disposición de aquélla una mercancía sensible al transcurso del tiempo, cómo es el mosto, y que éste se mantuviera inalterable con una intensidad colorante 800.

Tal planteamiento no está amparado en el artículo 33 de la Convención, y conculca el principio de buena fe consagrado por su artículo 7, pues el plazo de cumplimiento pactado, desde finales de octubre de 1997 a febrero de 1998, estaba íntimamente relacionado con la naturaleza del «mosto concentrado», cuya fabricación requiere disponer de la materia prima con la suficiente antelación, y exige un complejo proceso de elaboración, imposible de improvisar, y no resulta razonable interpretar que, sin pactarlo expresamente, se dejara en manos del comprador con el grave riesgo que implicaba para el vendedor.

Por ello, aunque no es cierto que Cherubino anunciara a Americana el inicio del proceso mediante fax de 10 de octubre de 1997, que se produjo durante los contactos previos a la aceptación de la oferta, y que, por tanto no podía referirse a la preparación del mosto para Americana sino para los clientes en general (folio 946). Sí es verdad que Americana era consciente del perjuicio que, para el color del mosto, podría derivarse del transcurso de un tiempo excesivo, así se desprende de su fax de 17 de junio de 1997, al señalar en relación con otro pedido anterior: «A fin de que NO SE DETERIORE MÁS EL COLOR, le ruego ser tan amable de cotizarme el mismo producto que hemos confirmado, en tambores refrigerados. En espera de sus prontas noticias sobre el particular, lo saluda muy atentamente» (folio 922), y del de 9 enero de 1998 donde decía: «Por favor, hagan todo lo posible por que los contenedores salgan el próximo día 12 pues tengo problemas graves con el financiamiento del producto de Bagnarese, y además el RIESGO DE DEGRADACION POR PERDIDA DE COLOR. Esto afectaría seriamente el valor del producto y dañaría a todas las partes involucradas en el negocio» (folios 53 y 921).

El plazo para retirar la mercancía se hallaba pactado en la oferta de 15-10-97, que fue aceptada por Americana: « RETIRADAS: ESCALONADO FINAL octubre 97 / febrero 98» (folio 39). Por consiguiente el momento en que se debía haber iniciado la retirada de mercancía era final de octubre, y ese comienzo no podía ser unilateralmente alterado. Esa misma idea se refuerza en el fax de 6 de noviembre de 1997 en el que Americana propone a Cherubino un nuevo programa de embarques - new shipping schedule- (folios 956 y 957).

De otro lado, sostiene la recurrente que el contrato con Cherubino estaba relacionado con su necesidad de proveerse del mosto necesario para satisfacer la demanda de NESTLÉ con la que se hallaba unida por otro contrato. Precisamente este contrato refuerza la tesis sostenida por la apelada, pues en él Americana se comprometió a realizar el primer embarque el 1 de noviembre de 1997 (folio 395).

Por último, la complejidad del proceso de fabricación exigía la necesaria anticipación para tener dispuesto el producto, en condiciones óptimas, a final de octubre.

CUARTO No es lícito a la apelante Americana sostener ahora que la perfección de contrato tuvo lugar con el fax de 5 de noviembre de 1997 (folio 1119), pues en su escrito de contestación a la demanda sostuvo que el contrato se perfeccionó en 27 de octubre de 1997, cuando aceptó la muestra de Cherubino (folios 108 y 109), e igual afirmación hizo en su propio escrito de demanda (folio 284) al sostener «27 de octubre 1997 En realidad, la perfección del contrato sólo se produce con la aceptación por parte de Americana de la muestra que le envió Cherubino del

producto objeto del contrato, que dio 872 de color (Documentos 13 Y 14)».

La alteración que pretende introducir en el recurso, modificando los términos del debate, contraviene el deber de buena fe procesal introduciendo un elemento ex novo que no puede ser considerado por el Tribunal, pues ello debilitaría el derecho y las oportunidades de defensa de la otra parte que no pudo defenderse de ella.

Pese a lo cual, hemos de dejar sentado que no debe confundirse la perfección del contrato, que se produjo el 27-10-1997, con las variaciones puntuales que se produjeron después, en relación con la forma de efectuar el pago, que afectaron propiamente a la ejecución del contrato, y que tuvieron como causa las dificultades bancarias de la compradora. En efecto, Americana debía tener operativa la carta de crédito para poder ser retirada en el momento en que el mosto concentrado estuvo fabricado a final de octubre, y sin embargo hasta el 30 de noviembre no estuvo disponible, lo que determinó el consiguiente retraso en los embarques, provocando con tal dilación el riesgo de deterioro de la intensidad colorante del mosto concentrado tinto.

De otro lado, celebrado el contrato con el INCOTERM EXFACTORY, a ella le correspondía debía retirar la mercancía desde la fábrica de Cherubino, en Chiva, facilitando los Flexi/Tank necesarios para el embarque. Sin embargo, como no facilitó los necesarios, fue necesario un embarque más de los dos inicialmente previstos para el pedido de octubre y la carta de crédito abierta para cubrir sólo dos embarques, se hubo de ampliar a «múltiples embarques» (folio 51).

SEXTO No es cierto que Cherubino no aportara la documentación precisa para entender correctamente hecha la entrega EXFACTORY. Al contrario, la adecuación de esa documentación al condicionado de la carta de crédito determinó que el Texas State Bank le abonara, en nombre de Americana, el 30% del precio conforme a lo pactado. De todos modos es ésta otra cuestión suscitada ex novo, de improcedente planteamiento en el recurso, pues su estudio implicaría vulneración de los principios de audiencia, bilateralidad y congruencia, al tratar de resolver sobre una cuestión nueva que no ha sido adecuadamente conocida por la parte contraria impidiéndole articular la prueba que estimase correspondiente. Lo que supondría indefensión de la entidad actora y conculcaría el tenor literal del artículo 24 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) , como tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 10 de junio de 1985 (RJ 1985, 3105) , 28 de enero (RJ 1986, 442) , 16 de mayo (RJ 1986, 2729) y 27 de noviembre de 1986 (RJ 1986, 6615) , 14 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9432) y 25 de enero de 1989 (RJ 1989, 126) .

Es verdad que el plazo para reclamar los vicios se rige por lo dispuesto en el artículo 39.1 de la Convención de Viena (RCL 1991, 229 y RCL 1996, 2896) , según el cual: «El comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto».

En cuanto al concepto de plazo razonable: ? En el Caso 98 de la CNUDMI: Países Bajos: Rechtbank Roermond; 900336, 19 de diciembre de 1991, Fallini Stefano & Co. S.N.C. (Italia) v. Fordic B.V. (Países Bajos). El tribunal declaró que el carácter razonable o el plazo de la notificación dependía de la naturaleza de las mercaderías de que se tratase. En este caso, el tribunal opinó que el comprador había comunicado al vendedor la falta de conformidad de los quesos poco después de la entrega, lo que a juicio del tribunal constituía un plazo razonable habida cuenta de que el queso es un artículo perecible (artículos 38 y 39 de la CIM). El tribunal opinó asimismo: que el comprador no había comunicado al vendedor la naturaleza del vicio, a saber, que el queso estaba infestado; y que el hecho de que el queso estuviese congelado, lo que no se había estipulado en el contrato, no constituía una razón suficiente para no examinarlo. Se declaró que, para que el vendedor no

podiese invocar los artículos 38 y 39 de la CIM, el comprador tenía que probar su afirmación de que el vendedor sabía o no podía ignorar que el queso ya estaba infestado en el momento de su congelación (artículo 40 de la CIM). En el Caso 81 de la CNUDMI: Alemania: Oberlandesgericht Düsseldorf; 6 U 32/93, 10 de febrero de 1994 El tribunal de apelación falló que el demandado había formulado la objeción de falta de conformidad de las mercancías dos meses después de su entrega, aunque si hubiera llevado a cabo un examen al azar podía haber descubierto fácilmente los defectos y formulado la objeción pocos días después de la entrega. Se estimó que el demandado había perdido el derecho a alegar falta de conformidad porque no la había formulado en un plazo razonable.

En el caso de autos, la naturaleza de la mercadería y el Incoterm Ex Factory exigía a la compradora un mayor grado de diligencia en la verificación del estado del mosto en el momento de la puesta a su disposición, teniendo en cuenta que el transcurso del tiempo podía alterarlo, pues, como ha quedado dicho, pierde así intensidad colorante. Por ello, si Americana no analizó el color del producto inmediatamente después de recibirlo en España y esperó varias semanas hasta su llegada a USA, siendo responsable del transporte y de almacenamiento y habiendo asumido el riesgo de su alteración, no puede luego, sin más, alegar extemporáneamente que carecía del color pactado.

Cuando Cherubino lo puso a disposición de Americana, a finales de octubre de 1997, el mosto era idóneo y adecuado al contrato, el hecho de que cuando fue retirado no tuviera la intensidad colorante pactada no es imputable a la vendedora sino a la compradora, por no haberse hecho cargo de él en tiempo oportuno y haberlo transportado en condiciones inadecuadas para que mantuviera sus características de coloración. Al menos, no hay prueba de lo contrario. Debe considerarse que la carga de la prueba le correspondía a Americana. Así, en el Caso 251: Suiza: Handelsgericht des Kantons Zürich; HG930634, 30 de noviembre de 1998. El tribunal decidió que las cuestiones relativas a la carga de la prueba no se regían por la Convención, pero que debido a su estructura sistemática ciertos principios podían inferirse. Dado que la responsabilidad por los defectos de las mercancías constituye un aspecto crucial de las obligaciones que tiene el vendedor en virtud del contrato, corresponde a éste demostrar la ausencia de defectos en el momento de la transmisión del riesgo. El comprador asume la carga de la prueba en lo relativo al examen razonable y a la notificación de la falta de conformidad y, una vez aceptadas las mercancías sin que se haya notificado falta de conformidad, la carga de la prueba de la existencia de defectos en el momento de la transmisión del riesgo pasa al comprador (artículo 4 de la CIM).

El Fax de 29 de diciembre de 1997 no sirve a los fines del recurrente sino todo lo contrario, afirma que: «La mercancía cuando se concentró en base a su programación de embarque tenía sus 800 unidades. Ahora bien como la misma salió aprox. un mes después de su fabricación por la temática de la L/C su color fue...» entre 788 y 630 (folios 461 y 462).

El tiempo transcurrido desde la fabricación hasta la entrega, el medio de transporte elegido, las condiciones durante él, las condiciones climatológicas a que estuvo sometida la mercancía una vez retirada influyen sobre la pérdida de color según informó el perito Sr. Furió, y manifiestan lo testigos D. Pedro Miguel y D. Alejandro.

SÉPTIMO De los daños y perjuicios sufridos por Cherubino. Reconoce la apelada que «es cierto que si bien alguna parte del mosto macerado pudo colocarse a otros clientes, no es menos cierto que el mosto concentrado no se pudo comercializar. Por consiguiente los daños son los que resultan del informe aportado. Cherubino tuvo que buscar destino a la materia prima mosto macerado tinto, y que no pudo servir para el pedido de Americana, por causa imputable a ésta, con el consiguiente perjuicio para mi mandante». Además, no consta que Cherubino tuviera que destruir o desechar ninguna cantidad del mosto no retirado por Americana.

Una la larga tradición jurisprudencial española, producida en interpretación del artículo 1214 del Código Civil (LEG 1889, 27) , establece que, como dice la Sentencia Tribunal Supremo núm. 933/2002 (Sala de lo Civil), de 16 octubre, Recurso de Casación núm. 872/1997 (RJ 2002, 8897) «la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte (entre otras, SSTs de 9 de febrero de 1994 [RJ 1994, 834] y 30 de julio de 1999 [RJ 1999, 6358]); y el Tribunal Constitucional, en sentencia número 227/1991 [RTC 1991, 227] , ha declarado que, cuando las fuentes de prueba se encuentren en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (artículo 118 de la CE [RCL 1978, 2836]) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad;... y, finalmente, aparte de otras, en SSTC de 17 de enero de 1994 (RTC 1994, 7) , 17 de julio de 1995 (RTC 1995, 116) , 28 de febrero de 1997 y 26 de julio de 1999, ha manifestado que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, no pueden repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza».

En consecuencia, como era Cherubino quien podía acreditar el destino que dio al mosto no retirado por Americana, y como reclama el beneficio bruto dejado de obtener por ello, no puede apoyarse en la ausencia de la prueba de lo que obtuvo en la «venta de reemplazo» para lograr un enriquecimiento injusto, pues al lucro obtenido con esta venta de reemplazo se añadiría ahora la restitución del lucro no obtenido por la mercancía no retirada por Americana. Así, como el censor jurado de cuentas D. Pedro no incluyó en su informe (folios 56 a 65) ese lucro obtenido con la venta de reemplazo, procede deducir de la indemnización de 46.952.158 pesetas el importe que en ejecución de sentencia se acredite que Cherubino obtuvo por la venta a terceros del mosto no retirado por Americana, y sobre el resultado se operará en todo o en parte la compensación con los 200.000 dólares USA (29.400.000 pesetas al cambio convenido).

OCTAVO Siendo así que la vendedora cumplió sus obligaciones contractuales, y que fue el comportamiento de la compradora la causa determinante de la frustración del contrato. Carece de fundamento jurídico la acción cuanti minoris, y debemos desestimarla.

NOVENO Conforme a lo dispuesto por los artículos 394 y 398 LECiv (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , no procede hacer expresa imposición de las costas de ninguna de ambas instancias, no sólo en virtud de la estimación parcial sino también porque es apreciable que el caso presentaba serias dudas de hecho y de derecho, como se deriva de todo lo que hemos expuesto hasta ahora.

EN NOMBRE DEL REY, y por la autoridad que nos confiere la Constitución aprobada por el pueblo español

FALLAMOS

1º *Estimamos en parte el recurso interpuesto por Americana Juice Import, INC.

2º *Revocamos en parte la sentencia impugnada, y en su lugar: a. Condenamos a Americana Juice Import, INC., a indemnizar a Cherubino Valsangiacomo, SA, en la cantidad resultante de deducir de 46.952.158 pesetas el importe que en ejecución de sentencia se acredite que Cherubino Valsangiacomo, SA, obtuvo por la venta a terceros del mosto no retirado por Americana Juice Import, INC., operando sobre el resultado, en todo o en parte, la compensación acordada en la sentencia de la primera instancia. b. No hacemos expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia.

3º *No hacemos expresa imposición de las costas de esta alzada.

A su tiempo, devuélvase al Juzgado de procedencia los autos originales, con certificación de esta resolución para su ejecución y cumplimiento.

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