

Roj: SAP P 266/2014 - ECLI:ES:APP:2014:266
Id Cendoj: 34120370012014100266
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Palencia
Sección: 1
Nº de Recurso: 13/2014
Nº de Resolución: 120/2014
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MAURICIO BUGIDOS SAN JOSE
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PALENCIA

SENTENCIA: 00120/2014

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

PALENCIA

Sección 001

N.I.G.: 34120 41 1 2011 0015450

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000013 /2014

Juzgado procedencia : JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 2 de PALENCIA

Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000434 /2011

RECURRENTE : PRODUCTOS SOLUBLES S.A.

Procurador/a : JOSE CARLOS ANERO BARTOLOME

Letrado/a :

RECURRIDO/A : KRÜGER GMBH & CO.KG.

Procurador/a : ELENA RODRIGUEZ GARRIDO

Letrado/a :

Este Tribunal compuesto por los Señores Magistrados que se indican al margen ha pronunciado

EN NO MBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA Nº 120/14

SEÑORES DEL TRIBUNAL

Ilmo. Sr. Presidente

Don Ignacio Javier Rafols Pérez

Ilmos. Sres. Magistrados

Don **Mauricio Bugidos San José**

Don Carlos Miguelez del Río

En la ciudad de Palencia, a nueve de septiembre de 2014

Vistos, en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial, los presentes autos de juicio ORDINARIO sobre INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL y RECLAMACIÓN DE CANTIDAD, provenientes del Juzgado de

1ª Instancia nº 2 de Palencia, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia recaída en el mismo de fecha 10 de octubre de 2012, entre partes, de una, como apelante, la entidad PRODUCTOS SOLUBLES SOCIEDAD ANÓNIMA, representada por el Procurador Don José Carlos Anero Bartolomé y defendida por el Letrado Don Pablo Fuentes Morales, y de otra, como apelada, la entidad KRUGER GMBH & Co. KG, representada por la Procuradora Doña Elena Rodríguez Garrido y defendida por el Letrado Don León Barriola Urruticoechea, siendo Magistrado Ponente, el Ilmo. Sr. Magistrado Don **Mauricio Bugidos San José**.

Se aceptan los antecedentes fácticos de la sentencia impugnada.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- Que el Fallo de dicha sentencia, literalmente dice: "**Que desestimando íntegramente la demanda promovida por la entidad PRODUCTOS SOLUBLES SOCIEDAD ANÓNIMA contra la entidad KRUGER GMBH & Co. KG debo absolver como absuelvo a la entidad KRUGER GMBH & Co. KG de las pretensiones deducidas contra la misma; todo ello con expresa condena en costas a la entidad PRODUCTOS SOLUBLES SOCIEDAD ANÓNIMA de las generadas por esta demanda principal.**

Que estimando parcialmente la demanda promovida por la entidad KRUGER GMBH & Co. KG contra la entidad PRODUCTOS SOLUBLES SOCIEDAD ANÓNIMA debo declarar como declaro válidamente resuelto el contrato entre KRUGER GMBH & Co. KG y PRODUCTOS SOLUBLES SOCIEDAD ANÓNIMA con efectos 21 de junio de 2011 condenando a la entidad PRODUCTOS SOLUBLES SOCIEDAD ANÓNIMA a abonar a la entidad KRUGER GMBH & Co. KG la suma de 308.312 \$; todo ello sin hacer expresa condena en costas, de las generadas por la demanda reconvenzional

2º.- Contra dicha sentencia interpuso la parte actora en el procedimiento el presente recurso de apelación, exponiendo las alegaciones en las que se basaba su impugnación, que fue admitido en ambos efectos, y previo traslado a las demás partes para que presentaran escritos de impugnación u oposición, fueron elevados los autos ante esta Audiencia, y al no haber sido propuesta prueba, es procedente dictar sentencia.

Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la resolución recurrida en tanto no se opongan a los de la presente resolución

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia número dos de Palencia dictó sentencia cuyo fallo es del contenido literal que se ha transcrito en los antecedentes de hecho de la presente resolución; y contra la misma se alza la representación de la entidad actora en el procedimiento, Productos Solubles Sociedad Anónima, que interpone recurso de apelación, al que se opuso la contraparte, Kruger GmbH, que a la vez impugnó el recurso en cuestión.

En el escrito de demanda la actora refería la existencia de un acuerdo para compra-venta recíproca de café, si bien el que debía de entregar cada una de ellas era de distinta clase, que el acuerdo en cuestión se suscribió en fecha 1 de febrero de 2010, y sólo con vigencia para dicho año, que el mismo no fue modificado; y en razón a los argumentos que exponía pedía que así se declarase y que por ello ninguna cantidad debía la actora a la demanda, que se condenase a la parte demandada a estar y pasar por tal declaración, y que a su vez y por su consecuencia se la impusiesen las costas devengadas en la primera instancia del procedimiento.

La entidad Kruger GmbH presentó escrito de contestación a la demanda oponiéndose a las peticiones en ella formuladas, alegando que el acuerdo a que se hacía referencia en el escrito rector del procedimiento fue objeto de modificación, en el sentido de que se extendió el plazo de duración del contrato en cuestión hasta el año 2011, y que sin embargo la actora no había suministrado el café comprometido para su entrega en dicho año. En razón a los argumentos que exponía presentó demanda reconvenzional en la que solicitaba que se declarase que los efectos del contrato se extendían hasta el mes de junio del aludido año 2011, fecha a partir de la cual debía de entenderse resuelto el contrato suscrito entre los litigantes, y así también que se condenase a Productos Solubles a que la indemnizase en la cantidad de 529.117,80 \$, importe de la compraventa de reemplazo que hubo que concertar con una tercera entidad cafetera, con sede social en Brasil, petición que realizaba al amparo de lo establecido en el Convenio de Viena de las Naciones Unidas para la compraventa internacional de mercaderías, de 1980. Aunque en el suplico de la contestación a la demanda y en el de la demanda reconvenzional no se hacía constatación expresa, en la fundamentación jurídica, la actora reconveniente si formulaba petición subsidiaria para el caso de que no se estimase la demanda reconvenzional en su petición principal, y en ella se solicitaba indemnización en concepto de daños y perjuicios a determinar

en sentencia, y al amparo de lo establecido en el artículo 329 del Código de Comercio y los artículos 1106 y 1107 Código Civil .

Productos Solubles contestó a la demanda reconvenzional oponiéndose a las pretensiones en ella contenidas, y manteniendo la misma argumentación fáctica y jurídica que en el escrito de demanda, razón por la cual pedía la desestimación de las pretensiones ejercitadas en la aludida reconvencción.

La sentencia de instancia, que se dicta en fecha 10 de octubre de 2012 , desestimó la demanda principal, esto es la que era origen de las actuaciones, y estimó parcialmente la demanda reconvenzional. Consideró que el plazo de vigencia contractual debía de extenderse hasta el día 21 de junio de 2011, y después de analizar la prueba practicada, en esencia correos electrónicos remitidos entre personas físicas con vinculación con las personas jurídicas que son parte en el procedimiento, lo fundamentaba jurídicamente en la existencia de una novación modificativa del acuerdo contractual de 1 de febrero de 2010.

En relación a la pretensión principal ejercitada en demanda reconvenzional, esto es la de declarar resuelto el contrato que un día a las partes litigantes, la estimaba, pero en relación a la petición de indemnización que se ejercitaba como petición principal al respecto acordaba no concederla, por entender que no había quedado acreditado que la compra realizada a la empresa cafetera de un tercer país pudiese considerarse como de reemplazo; pero por contra si estimaba la pretensión subsidiaria, y en consecuencia concede indemnización de daños y perjuicios, pero lo hace parcialmente y entiende que la misma debe consistir en el precio de venta que hubiera podido obtener Kruger de la venta de café, considerando el vigente en el año 2011, para el caso de que Productos Solubles le hubiese suministrado en dicho año la cantidad a que se había comprometido, descontando el importe del pactado en su día entre las que son parte en el procedimiento.

Productos Solubles Sociedad Anónima, en el recurso que presenta, alega en esencia la existencia de error en la valoración probatoria y en la aplicación del derecho, y hace girar fundamentalmente dicho recurso en impugnar el criterio del juzgador de instancia de entender la existencia de una novación del acuerdo contractual de febrero de 2010 vinculante para las partes, en tanto que del mismo derivan las consecuencias con las que no está conforme, y a las que alude en varios motivos del escrito de interposición. Alega además la incorrecta aplicación del Convenio de Viena a que hemos aludido; y en relación a la estimación de la demanda reconvenzional achaca a la sentencia de incongruente porque la indemnización que ha sido concedida no fue pedida en la misma forma y con el mismo fundamento en el suplico de la demanda reconvenzional, ya que lo solicitado era el precio de compraventa de reemplazo, pretensión que la misma sentencia desestima.

En la contestación al recurso, como ya hemos dicho, además de hacer oposición a la pretensión de la parte apelante, Kruger GMBH lo impugna e insiste en la estimación total de la demanda reconvenzional en su acción principal.

La apelada e impugnante pidió práctica de prueba en esta alzada, que fue admitida parcialmente, y así se ha practicado prueba testifical y pericial con el resultado que obra en autos.

Debemos dejar constancia también de que al contestar a la impugnación planteada de contrario, Productos Solubles dice que la impugnación no debió de ser admitida por no haberse satisfecho la tasa preceptiva para ello, extendiéndose al efecto en una serie de consideraciones procesales a las que aludiremos con posterioridad.

SEGUNDO.- El primer motivo de recurso que alega Productos Solubles contra la sentencia que ahora revisamos, entiende la existencia de error en la valoración probatoria.

Dicho motivo dice que el acuerdo para la compra-venta recíproca de café debe entenderse celebrado el día 1 de febrero de 2010, y con un plazo que concluía precisamente con dicho año. Se explica que en el mismo se fijó un precio en razón a una ecuación de intercambio; y por lo que se refiere al volumen o cantidades que habrían de satisfacer cada una de las partes del tipo de café que se comprometían a entregar, dice que no estaba previsto, sino que se determinaba que la previsión que habría que hacer en relación al mismo estaba sujeta a concreción posterior.

Para fijar su postura explicaba que el sentido del acuerdo en su día suscrito entre las partes lo era para Productos Solubles dar salida a un exceso de capacidad productiva del año 2010, y con ello diluir costes fijos; y que se establecían precios, ecuación de intercambio de volúmenes y horizonte temporal, todo lo cual había sido objeto de conversaciones habidas entre las partes previas al acuerdo después celebrado. En relación a la cuestión suscitada referida a volumen a entregar por cada una de las partes, dice que precisamente porque estaba sujeto a posterior concreción, ello impidió que PROSOL adquiriese materias primas para

cumplir con los plazos en principio pactados; concluyéndose en el escrito en cuestión que por todo lo dicho no puede entenderse que se pactase volumen concreto de intercambio de café, como sin embargo pretende la contraparte y asumió la sentencia recurrida.

El escrito de contestación al recurso, insiste, tal y como hace también la sentencia de instancia, en afirmar que los diferentes correos electrónicos que constan en las actuaciones y que fueron remitidos y recibidos por las partes, indican que PROSOL aceptó las modificaciones al acuerdo suscrito en febrero de 2010, conclusión a la que debe llegarse no sólo en razón a su contenido, sino también, y unido íntimamente a ello, porque en relación al mismo no se hizo rectificación ni protesta por esta última. En concreto hace alusión específica a un correo de PROSOL de fecha 21 de julio de 2010 en el que la actora decía que el pedido del mes de agosto que estaba comprometido tenía que ser pospuesto; y a un correo de 22 de febrero de 2011, remitido por doña Florinda, que por su posición en PROSOL era o debiera ser perfecta conocedora del alcance de las relaciones entre los litigantes, que implícitamente, y al pedir modificación de condiciones contractuales a partir del mes de marzo del año 2011, indicaría la aceptación de la extensión en el tiempo del acuerdo contractual más allá del 31 diciembre del año 2010.

Así las cosas, la cuestión que en este fundamento jurídico debemos de tratar es si la prueba practicada ha sido correctamente valorada en la sentencia de instancia, teniendo en cuenta que sustancialmente lo que se contradice por la parte recurrente es la conclusión que el juzgador de instancia obtiene del contenido de diversos correos electrónicos que las partes se remitieron, y de la actitud que ante ellos observaron.

No es, por contra, en este fundamento jurídico en el que debemos de hacer consideración en relación a sí aunque entendamos correcta la valoración de la prueba practicada, se ha infringido o no el aludido Convenio de Viena en relación a la forma y modificación de acuerdos contractuales en compraventas internacionales, y a sí se ha infringido o no la normativa y jurisprudencia referida a la novación contractual, lo que sí estudiaremos en sucesivos fundamentos jurídicos.

Preciso resulta a la vista del contenido del motivo del recurso que estudiamos, hacer consideración en relación a los criterios a tener en cuenta para la valoración de la prueba en primera instancia en general y también específicamente en relación con la prueba documental, y la posibilidad en esta alzada de modificar dicha valoración. Estos son:

a) el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que la carga de la prueba de los hechos que se aleguen es de la parte que lo hace, de forma tal que la actora, en principio, está obligada a la de todos aquellos que serán fundamento de su pretensión, y la demandada a la de los que contradigan o contrarresten los anteriores. No obstante, el Juez o Tribunal, una vez practicada prueba legalmente solicitada, pueden valorarla en su integridad, sin que queden vinculados por la norma expuesta, es decir sin que necesariamente tengan que tener en cuenta quién fue la parte que propuso la prueba en que asienta la estimación de la pretensión, o bien su desestimación; y ello porque a partir de dicha situación tiene plena libertad de valoración. Dicha regla si debe de aplicarse cuando los hechos fundadores de la pretensión, o aquellos que pretenden combatirla, no han sido probados, situación en la cual la parte que tenía la carga de ello, debe de arrostrar con las consecuencias.

b) el sistema de valoración de prueba en el derecho español, no es el de prueba tasada excepto en lo que se refiere a los documentos públicos que hacen fe de todo aquello que el fedatario hace constar como de conocimiento directo; sino que esencialmente es el de libre valoración de la prueba, lo que supone que el interrogatorio de partes, prueba testifical y prueba pericial, ha de ser ponderado por el juzgador con arreglo a los principios de la lógica y de la sana crítica, y con prudente arbitrio.

c) al respecto de la prueba documental, el artículo 326 de la ley de Enjuiciamiento Civil, establece que " **1. los documentos privados harán prueba plena en el proceso, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen...** y que **... 2. cuando se impugne la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto**". La doctrina jurisprudencial al respecto, dice, entre otras en sentencia de 21 de febrero de 2008 que **"en cuanto al documento privado cuya autenticidad se impugnase, ha sido una doctrina jurisprudencial consolidada que la falta de reconocimiento de un documento privado no le priva íntegramente de valor probatorio, pudiendo ser tomado en consideración ponderando el grado de credibilidad que puede merecer en las circunstancias del debate, o complementado con otros elementos de prueba, pues la posición contraria supondría tanto como dejar al arbitrio de una parte la eficacia probatoria del documento, la cual se recoge ahora en el apartado segundo del precepto, pues la falta de prueba de autenticidad**

del documento privado impugnado o incluso la ausencia de actividad probatoria para acreditar su autenticidad, no implica su carencia de valor probatorio, que el tribunal debe valorar, según la norma, conforme a las reglas de la sana crítica" .

d) únicamente este Tribunal de alzada puede modificar la valoración probatoria que conste en la sentencia de instancia, cuando esta sea manifiestamente errónea o contraria a los principios de la lógica o de la sana crítica. Ello es así por dos razones, la primera porque es el Juzgador de Instancia quien presencia de forma directa la prueba que se practica en juicio - que salvo la prueba documental no puede ser reproducida en esta alzada, salvo por visión videográfica- y por ello el que puede percibirse de la forma de declarar las partes, peritos y testigos, y en consecuencia quien reúne el conocimiento de todos aquellos aspectos y detalles, que sin embargo se escapan al Órgano Judicial de segunda instancia; y la segunda porque asentándose la valoración probatoria en principios de lógica, siendo éstos universales y por tanto afectantes a todos los Órganos Judiciales, el más elemental respeto exige mantener el criterio de la instancia, excepto en los supuestos en que tales principios se hayan quebrantado; es decir la mera discrepancia de valoración no puede justificar la modificación valorativa del Juzgador "a quo".

e) en el caso de valoración de prueba documental, tanto pública como privada, en lo que se refiere a lo que es de libre valoración judicial, ha de tenerse en cuenta para su consideración en segunda instancia el mismo criterio expuesto. En consecuencia sólo en supuestos de error procede la modificación de la valoración, por más que si debe significarse que la consideración de tal error debe hacerse teniendo en cuenta que la posición del tribunal de alzada en la ponderación de dicha prueba, es la misma que la del juzgador de instancia.

Así las cosas nos encontramos, una vez examinado el contenido de los correos electrónicos que se refieren en la sentencia recurrida, con que la conclusión que de ellos se ha obtenido, en consecuencia con que la valoración de dicha prueba documental existente en autos, no es errónea ni contraria a los principios de la lógica o de la sana crítica. Además dicha prueba es la esencial para la resolución del procedimiento, porque las alegaciones que se hacen en el escrito de recurso en relación a conversaciones previas existentes entre las partes, y a la motivación existente en los directivos de PROSOL para la celebración del contrato no dejan de ser manifestaciones de parte que en modo alguno contradicen la conclusión de la sentencia de instancia.

Necesario resulta no obstante que también hagamos aquí consideración de la prueba documental a que nos estamos refiriendo para explicar la conclusión a la que llegamos, esto es la de que la apreciación probatoria realizada por el juzgador de instancia es conforme a la lógica; pero además también que de todas las posibles es la más convincente. Así, nos encontramos con que:

- el correo electrónico de fecha 1 de febrero de 2010, es decir aquel que se pretende por la parte actora y apelantes que determina el contenido del acuerdo existente entre las partes, y que se remite por doña Florinda , Consejera Delegada de PROSOL, a don Bartolomé , legal representante de la demandada y apelada, no sólo permite la modificación del calendario - aunque diga que es para adelantar cantidades, debe entenderse que en el tiempo de entrega, y siempre que haya acuerdo entre las partes-, sino que añade un archivo, llamado "forecast" en el que se constatan las fechas de entrega de las diferentes partidas de café contratadas, en el que aparece que aunque es verdad que el límite temporal para la vida del contrato no alcanza al año 2011, las toneladas que se pactan para que sea PROSOL quien las entregue a Kruger son 470.250, inferiores a 500.000, dato este de trascendencia como comprobaremos;

- el correo de fecha 27 de febrero de 2010, que obra al folio 430 de las actuaciones, es remitido por don Bartolomé a don Feliciano , que presta servicios para PROSOL, y en él ya don Bartolomé hace una previsión de compra por parte de la empresa a la que representa de 500 t.m., es decir inferior en casi 30.000 a la cantidad primeramente pactada. Además en dicho correo se dice o requiere que se confirme por PROSOL la aceptación de dicha previsión, y se destaca quién es la persona responsable y sus datos para enviar a la misma los pedidos de café, señalando también quién será la persona que atienda todo lo referido a las compras de café por parte de Kruger, en concreto doña Berta .

Nada indica dicho correo, por si, más que la mera manifestación de voluntad de Kruger, como nada indica que en la misma fecha don Feliciano remitirse a don Victorino otro correo electrónico en el que le advierte de que Kruger ha pasado o transferido la entrega de 200 t.m. que estaba pactada en el año 2010, para el año 2011 y que dicha previsión ya la había corregido en la programación/planificación de ciclos; y nada indica en favor de la tesis de la demandada y apelada, porque don Victorino le contesta a don Feliciano en fecha 1 de marzo, que este último debería de responder a Kruger que la programación realizada, es decir que lo pactado llegaba al mes de diciembre de 2010, y no al mes de mayo de 2011, aspecto éste que se trata con profusión en el recurso que ahora resolvemos, intentando poner de manifiesto que esa era la auténtica

voluntad de PROSOL, toda vez que mientras que don Victorino si tiene poder de representación de la misma, no lo tiene o tenía don Feliciano .

Hay una cosa sin embargo que se debe resaltar y es la de que don Feliciano , a salvo documentación que acredite su posición laboral en PROSOL, era quien mantenía contactos con Kruger, y con total conocimiento de la dirección de PROSOL, pues no otra cosa se desprende de que don Victorino inste a don Feliciano a aclarar la situación en relación a las fechas de entrega de los diferentes pedidos.

En relación con los correos de las fechas que estamos estudiando debemos hacer referencia también a que después de la comunicación que el señor Victorino remite a don Feliciano , este vuelve a contactar con don Bartolomé por medio de otro correo electrónico, en concreto el día 2 marzo, y aunque le hace ver que la previsión de compra-venta lo era para el año 2010, no se hace manifestación rotunda de no aceptación de la petición de cambio de fechas de envíos, cuestión ésta que tampoco podemos decir que apoya las pretensiones de la demandada y apelada, pero que es importante resaltar a la vista del contenido de otros correos electrónicos que ahora examinaremos; pues si por si no avala la posición de Kruger, dicho correo tampoco es concluyente para justificar la de PROSOL. Téngase en cuenta que aunque el señor Victorino le hace una advertencia al señor Feliciano en relación con las fechas de envío, además de que no es admonitoria, en el sentido de advertir que dicho cambio no puede admitirse, viene seguida de un correo de un sentido que también podríamos calificar de indefinido.

En todo caso, y aunque desde un punto de vista hipotético pudiera entenderse que don Feliciano se desvía del sentido del correo que remite don Victorino , desconocemos otras conversaciones que por medios distintos a aquel que aquí se considera pudieran haber mantenido ambos, y se hace difícil pensar en que don Feliciano remita a Kruger un correo electrónico que contradiga las indicaciones de don Victorino , siendo además que en relación con el volumen de 500 t.m. advertido por don Bartolomé a don Feliciano , ni éste, ni don Victorino , en sus respectivos correos electrónicos lo ponen en duda, lo que quiere decir de la aceptación de tal cantidad como la pactada para remisión por parte de PROSOL a Kruger;

- en fecha 3 de junio, don Bartolomé remite a doña Florinda , de quien ya hemos dicho la posición que ocupa en el organigrama empresarial de la actora, un correo del que se puede extraer la conclusión de que el volumen de compra de Kruger es inferior al que se desprende del archivo remitido junto con el correo electrónico de 1 de febrero, y en dicho correo además se dice expresamente que " **en relación con la previsión de compra de café ésta se mantiene si bien en agosto podemos tener la primera modificación para adelantar los pedidos de mayo de 2011 a marzo de 2011 y poder cumplir con el calendario de 500 t.m anuales** ". Dicho correo es contestado por doña Florinda en el día siguiente, esto es el 4 de junio de 2010, y en él además de que se hace una aceptación expresa de que el volumen de café a remitir por PROSOL a Kruger es de 500 t.m, ninguna referencia se hace contraria a la alusión de don Bartolomé en relación a la realización de pedidos en el año 2011. Se concluye entonces en la aceptación por PROSOL del volumen de café que tiene que suministrar, pero también de que PROSOL ya asume que la realización o envío de pedidos se extiende al año 2011, ya que resulta claro que la posición reticente que don Victorino había mostrado en su comunicación con don Feliciano , ya estudiada suficientemente, no es seguida por doña Florinda - que precisamente tenía que ser conocedora de lo sucedido en razón a su vinculación empresarial, y también familiar con don Victorino -; quien ninguna objeción hace de la extensión temporal del contrato, cuando de haber estado en contra la lógica impone considerar que así lo hubiese manifestado;

- hay un correo posterior remitido por doña Lina -una de las personas señaladas como de contacto por parte de PROSOL en el correo remitido por don Feliciano a don Bartolomé el día 2 marzo-, a doña Berta , que es de fecha 25 de marzo de 2010, que es contestado por doña Berta en otro de fecha 15 de abril, y en este se hace alusión al cambio de pedido pendiente, y se extiende el envío de este al mes de mayo de 2011, sin que conste en autos ninguna petición de rectificación o protesta con este último envío de correo y su contenido. Este es un argumento más que convence a la Sala del conocimiento y aceptación por parte de PROSOL no sólo del volumen pactado entre las partes, sino también de las fechas de envío del mismo, pues estamos nuevamente ante una clara situación de conocimiento por parte de PROSOL de cuáles son los envíos y fechas de estos solicitados por Kruger, sin que se haya hecho ningún tipo de protesta, comentario o manifestación reticente al respecto, y además tal situación se mantiene de forma repetida en el tiempo;

- constatamos también que posteriormente, y en fecha 21 de junio de 2010, doña María Milagros - también persona de contacto que habían sido señalada por don Feliciano para actuar por PROSOL, remite a Kruger, en concreto a doña Berta , un nuevo correo del que no se deduce discrepancia alguna con el volumen, ni con el hecho de que los pedidos se extiendan hasta el año 2011, pues en el mismo lo que se constata es que el pedido que habrían de remitir en el mes de agosto y que tenía el número 45.663.346, se

iba a retrasar hasta septiembre, correo este que es de contenido similar a otro de fecha 5 noviembre 2010 del que se desprende también un retraso en relación con pedido del mes de noviembre, y los pedidos de cuestión se ha comprobado que se dilatan en el tiempo hasta el mes de febrero de 2011, pues así lo indican los documentos números 15 a 29 presentados con escrito de contestación a la demanda por Kruger.

Lo dicho indica suficientemente que no sólo es que PROSOL tácitamente aceptase que las entregas de café se hiciesen en el año 2011, es que además de hecho así fue, y ello además de demostrar la aceptación de la extensión en el tiempo del contrato hasta el año en cuestión, también indica que no hubo ningún tipo de modificación en cuanto al acuerdo de que el volumen de café a transmitir por parte de PROSOL fuese de 500 t.m.

- además de lo dicho, y al margen de los correos que ya hemos considerado, nos encontramos quizá con el correo electrónico más claro e indicativo de cómo PROSOL aceptó tanto que el volumen de entregas a realizar, como que éstas se extendiesen hasta el año 2011, y por tanto de que las relaciones contractuales no concluyeron, como sin embargo se pretende por esta entidad en el mes de diciembre del año 2010. Este correo, de fecha 2 de febrero de 2011, remitido por doña Florinda, textualmente dice " Ganso -sin duda refiriéndose a don Bartolomé, esto es la persona a la que doña Florinda había remitido el correo electrónico de 1 de febrero de 2010 - **como comentamos en la reunión del otro día las posibilidades de seguir colaborando pasan por un nuevo deal a partir de marzo en el que, una vez analizados los volúmenes y costes se concretan en lo siguiente** ...". Es decir aunque dicho correo está proponiendo una modificación de las condiciones contractuales existentes hasta el momento, indica también que hasta finales de dicho mes de marzo se había aceptado que el contrato se extendiese en el año 2011. No otra cosa puede desprenderse de él, y del hecho de que PROSOL hubiese realizado entregas de café en dicho año.

Lógicamente si cada uno de los correos a los que nos hemos referido se valorase de forma individual, por sí no indicarían la aceptación por parte de PROSOL de la modificación contractual pretendida de contrario, pero la repetición de numerosos correos, el sentido de los mismos, los propios actos realizados por PROSOL haciendo entregas de café en el año 2011, la falta de protesta ante los correos que le remitió Kruger y en los que claramente se constataba la extensión del contrato en el tiempo hasta el año 2011, y la falta de protesta también ante aquellos correos de los que se desprendía cuál era el volumen de café contratado y que debía de entregar la apelante, siendo que este era superior al inicialmente pactado, tal y como se constata de la observación del archivo que se adjuntó correo de 1 de febrero de 2010, no permiten sino concluir lo mismo que la sentencia de instancia. Frente a ello exclusivamente nos encontramos con un correo electrónico remitido por don Victorino que si bien podría ser interpretado en el sentido de no aceptación de la modificación de volumen y tiempo, precisamente porque es un correo interno, es decir entre personas de la misma empresa, porque tampoco es radicalmente concluyente en cuanto a la no aceptación de la extensión del contrato en la forma pretendida por Kruger, y porque va seguido de otros en el sentido expuesto y que ya han sido interpretados, no sirve para contradecir lo ya concluido; y en consecuencia para soportar en él la estimación del motivo de recurso aquí estudiado.

A mayor abundamiento, como argumento complementario de los ya expuestos, aparece que frente al utilizado por don Victorino en el acto del juicio relativo a que los volúmenes de entregas de café por parte de cada una de las empresas estaban sujetos a concreción posterior en razón a una ecuación de intercambio, está la realidad constatada en los correos en cuestión, que es la de que a pesar de la forma repetida en que se hace referencia a las 500 tm que PROSOL debía de entregar, hecho este indudable aunque se variasen los periodos o momentos de entrega, ninguna objeción se hizo a ello, lo que permite concluir en que el alegato utilizado en el acto del juicio y en el escrito de recurso no es asumible.

Consecuencia de lo dicho es la desestimación del motivo de recurso estudiado, si bien como ya hemos advertido, cuestión distinta es si, aunque hayamos llegado a la conclusión de que la prueba está correctamente valorada, podemos también concluir en que la aceptación tácita de PROSOL tiene los efectos que se pretenden de adverso, esto es si ello supone una novación modificativa o extintiva del contrato, e incluso aunque ello sea así si conforme a la Convención de Viena de 1980, tal aceptación puede producir efectos jurídicos; y a ello daremos respuesta en el siguiente fundamento jurídico, contestando de esta manera también al segundo de los motivos de recurso formulados por la representación de la entidad actora.

Para completar la argumentación, debemos de dejar constancia de que esta Sala es consciente de que casi miméticamente está reproduciendo la que consta en la sentencia de instancia, lo que tiene fundamento en el sentido unidireccional de los correos remitidos y de la conclusión que de ellos se debe de extraer, es decir con la documentación en cuestión, además de que reproducimos argumentos autorizados en la sentencia de instancia advertimos nuestra absoluta conformidad con la misma, precisamente porque si bien la posición de

Kruger entendemos que es sólida y se justifica en un número considerable de correos electrónicos y actitudes posteriores, no se produce la misma situación con la posición mantenida por Productos Solubles.

TERCERO.- El segundo motivo de recurso se titula en el escrito que ahora resolvemos como de error en la aplicación del derecho. Se dice en él que la modificación contractual que la sentencia de instancia da por acreditada es una modificación esencial o sustancial, y que por ello en aplicación del Convenio de Viena, requería aceptación expresa de PROSOL; y al efecto se hace cita el artículo 19 de la Convención en cuestión que dice que " **se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al plazo, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta** ". En realidad en el escrito de recurso no se entra a calificar la novación contractual que el juzgador de instancia ha dado por producida y acreditada, esto es si es extintiva o modificativa, sino que lo que se dice es que tal tipo de modificación contractual no puede entenderse producida tácitamente.

El escrito de recurso para mantener su tesis, y contradecir la posibilidad de una aceptación tácita que se ha dado por probada dice que es muy difícil comprar café a ocho meses vista, y que ello lo demuestra la solicitud por compra de reemplazo que realizó Kruger, así como también el aumento del precio del café en ese periodo. Completa el argumento diciendo que PROSOL sólo podía conocer los precios del año 2010 y que por eso sólo puede entenderse vigente el contrato de febrero de ese año, pues lo contrario hubiese supuesto asumir un riesgo innecesario y muy alto; es decir pretende que la empresa en cuestión no puede aceptar tácitamente un contrato que para ella era arriesgado.

Insiste en el motivo de recurso en el argumento que utilizó en el anterior, relativo a la comunicación de don Victorino con don Feliciano y en la que le advertía de la discordancia de fechas para la entrega de café, y dice también que la insistencia de Kruger en relación al envío de correos en los que se decía de la entrega de pedidos para el año 2011 no fue contestada.

Además hace cita del artículo 29. 1 de la Convención de Viena que dice que " **el contrato podrá modificarse o extinguirse por mero acuerdo entre las partes** ", y de la interpretación que se da al mismo en el Compendio de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que concretamente afirma que " **se necesita un acuerdo para que las partes puedan cambiar una disposición contractual o rescindir su contrato... Conforme al artículo 18.1** (debe entenderse que de la Convención de Viena) **se estableció que el mero silencio de una parte a las propuestas de modificación de la otra no supone aceptación** ". También refiere jurisprudencia del Tribunal Supremo y doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado; y después de hacer tales citas insiste en la imposibilidad de interpretar el silencio de PROSOL, como indicativo de la novación contractual pretendida.

A dichos argumentos se contesta por Kruger aludiendo al apartado 3 del artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas a que nos venimos refiriendo, que dice que " **... no obstante si, en virtud de la oferta, de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su consentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute este acto...** ". También hace cita de jurisprudencia diversa que avala su postura.

Dice también Kruger en el escrito de contestación al recurso que la representación de la apelante en ningún momento niega el carácter de modificativa de la novación contractual realizada, y amparándose en tal circunstancia dicha entidad pretende la validez de la misma, y lo hace con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo. Refiere además la diferencia entre la previsión inicial de venta de café por PROSOL, y en consecuencia de compra de café soluble por Kruger y la realidad de las transacciones realizadas, transacciones a las que se refiere en la página 40 de su escrito de contestación al recurso haciendo estudio de las previsiones iniciales y de la realidad de los pedidos, notablemente diferentes, y completa tal argumento diciendo que tal diferencia temporal resulta increíble a falta de acuerdo, teniendo en cuenta que para hacer café soluble es necesario café verde, y que este tiene un precio fluctuante.

Además y aunque el escrito de recurso se titula por la contraparte como referido a la existencia de errores de apreciación del derecho, dado que esta última insiste en hacer apreciaciones de hecho en el mismo, también se hacen dichas apreciaciones por Kruger insistiendo en el contenido de correos electrónicos a que ya nos hemos referido.

En último término concluye haciendo consideración de que de aceptarse el criterio de la apelante nos encontraríamos con que un volumen pactado de 500 t.m de café para ser transferidas por parte de PROSOL a Kruger, se hubiesen convertido en la práctica en 302.100, cuando sin embargo el silencio ante la primera de las cifras por parte de la apelante ha sido absoluto a lo largo del tiempo y en los diferentes correos electrónicos que PROSOL remitió a Kruger, silencio que lógicamente esta última interpreta como de aceptación de la primera de las cantidades señaladas.

No nos vamos a referir a cuestiones de hecho, suficientemente estudiadas en el anterior fundamento jurídico, ya que las mismas están suficientemente valoradas tanto en la sentencia recurrida como en la presente, y los datos que se aportan en el motivo que aquí estudiamos nada plantean que no haya sido objeto de consideración en el mismo; pues ni siquiera el último de los argumentos utilizados por Kruger tiene mayor fuerza de convicción que el examen de los correos electrónicos realizado. La circunstancia de que de no aceptar que el pacto contractual se extendió al año 2011, y que las ventas a realizar por PROSOL debían de ser de 500 t.m, nos encontraríamos con que estas últimas hubiesen sido sólo 302, lo que parece sorprendente y de difícil aceptación por parte de Kruger, nada supondría a los efectos de la resolución del recurso, si llegásemos a la conclusión de que la modificación contractual sólo puede hacerse en forma expresa, como pretende la parte apelante.

Así las cosas lo que aquí si corresponde estudiar, es aquello a lo que ya nos hemos referido, esto es si ha existido novación contractual, cuál es la clase de esta, y si dicha novación, en lógica consecuencia, obliga a las partes del procedimiento. Advertimos que antes de entrar a discernir sobre ello queremos dejar constancia de que parece que la parte apelante entiende que la Convención de Viena de las Naciones Unidas para la Compraventa Internacional de Mercaderías, puede llegar a ser contradictoria y desde luego preferente a la aplicación del Código Civil, en lo que se refiere a la institución de la novación.

Sobre la base de tal premisa, vamos a hacer estudio, en principio, de la institución de la novación y de si en el caso se produjo una novación modificativa, y cuál es la consecuencia de ello conforme al derecho nacional español.

El artículo 1203 del Código Civil que se refiere a la novación y dice que " **las obligaciones pueden modificarse, variando su objeto sus condiciones principales, sustituyendo la persona del deudor, o subrogando a un tercero que los derechos del acreedor** " y el artículo 1204 que " **para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles** ". Dichos artículos interpretados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo han hecho llegar a la conclusión de que en un concepto amplio, el derecho español admite y reconoce una novación propia o extintiva y otra impropia o modificativa, que no opera extintivamente. El deslinde entre una y otra ha de hacerse tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación que se introduzca, de modo que mientras el vínculo primitivo subsista, aunque modificado, habrá novación impropia; conclusión a la que también hay que añadir la de que en caso de duda hay que estar por la novación modificativa.

Al respecto de la novación, la sentencia de fecha 4 de abril de 2011 del Tribunal Supremo , dice que: " **jurisprudencia de esta Sala ha entendido que, para que exista novación objetiva del contrato, es preciso que el animus novandi (voluntad de novar) sea expresado por las partes de forma inequívoca. Así, la STS de 18 de marzo de 1992 establece que «la institución de la novación representa en términos generales un cambio en la relación negocial obligatoria, que cuando es esencial y de manera muy primordial, porque así expresamente se recoja en el nuevo convenio el «animus novandi» (voluntad de novar) de las partes interesadas que lo introducen, tiene consideración de extintiva (artículos 1203 , 1204 y 1207 del Código Civil) ya que en todo caso han de declararlo así expresamente los otorgantes como condición indispensable para que tal novación sea operativa conforme establece el artículo 1.204 del Código Civil . Teniéndose en cuenta que el concepto de novación es objeto de interpretación restrictiva por la doctrina de esta Sala y nunca se presume, de tal manera que no puede declararse en virtud de sólo presunciones por muy razonables que se presenten éstas (sentencias de 24 de febrero de 1964 , 11 de febrero de 1965 , 2 de junio de 1968 y 25 de enero de 1991) ».** Esta doctrina ha sido recogida y aplicada más recientemente en las SSTs de 29 de abril de 2005 (RC nº. 4129/1998), de 11 de julio de 2007 (RC nº. 1980/2000) de 22 de mayo de 2009 (RC nº. 425/2004).

Y con relación a la novación modificativa la sentencia del mismo alto tribunal, de 1 de julio de 2009 , que podemos considerar perfectamente complementaria de la anterior advierte de que: " **De igual modo ha de ser rechazado el motivo segundo que acusa la infracción de lo dispuesto en el artículo 1204 del Código Civil sobre la novación. Sostiene la parte recurrente que en el caso se produjo una novación**

extintiva de la obligación primitiva sustituyéndola por otra incompatible con la anterior, mientras que la Audiencia la ha calificado como meramente modificativa. En primer lugar, tal razonamiento de la Audiencia no constituye "ratio decidendi" de la sentencia y, en consecuencia, incluso su estimación no conllevaría la estimación del recurso (sentencias de esta Sala de 23 de marzo , 7 y 21 de septiembre 2006 ; 9 de abril , 17 y 18 de septiembre 2007) pero además no cabe afirmar que se tratara de una novación extintiva cuando subsistía el mismo objeto contractual -como era la ejecución de las obras en las condiciones pactadas, aun cuando se modificara el plazo de ejecución, así como el precio de la correspondiente a viviendas, responsabilidades y garantías, según entiende la parte recurrente- y mucho menos que lo pactado en el documento novatorio de 18 de febrero de 1997 alcanzara efecto alguno cuando pocos días después la entidad contratista abandonó las obras y solicitó ser declarada en estado de suspensión de pagos.

Al respecto cabe citar la sentencia de esta Sala de 3 de noviembre de 2004 , la cual afirma que la novación ha de ser considerada como meramente modificativa cuando no se afecta la esencia de lo convenido (sentencia de 17 de septiembre de 2001) y que, en la duda, la novación debe ser considerada como modificativa (sentencia de 27 noviembre 1990), además de que, en principio, siempre debe prevalecer el criterio apreciativo sobre la novación efectuada en la instancia (sentencias de 1 junio 1999 , 27 septiembre 2002).

La primera de las sentencias transcritas ilustra fundamentalmente de que para que se pueda entender que la novación es modificativa, no debe alterarse la esencia del contrato, pero también de la necesidad de que para que se produzca la novación extintiva así se declare expresamente, situación ésta última que no se ha producido, como tampoco consideramos que se haya alterado la esencia del contrato, como inmediatamente valoraremos. Recordamos que estamos examinando el derecho español a los efectos de considerar si nos encontramos ante una novación modificativa o extintiva, y a ello nos vamos a ceñir, aunque siendo conscientes de que la redacción del Convenio de Viena en alguno de sus artículos dice que la alteración de precio y plazo supone una alteración esencial del contrato en la compraventa internacional, cuestión que más tarde estudiaremos.

En razón a lo advertido la pregunta que surge es la de si en el caso, y dado que se habría producido una modificación de plazo de entregas, y aunque muy leve, también del volumen pactado como de entrega por parte de PROSOL, podemos considerar que se alteró la esencia del contrato, y la respuesta es negativa si nos atenemos al criterio jurisprudencial de la sentencia de 1 de julio de 2009 , que interpretando lo que debe entenderse por modificación esencial, no la considera existente en aquellos supuestos de modificación de plazo. Si se pretende que la modificación esencial se produce por el hecho de que las toneladas que PROSOL debía entregar son 500, y no 479 como aparecería en el primer acuerdo de 1 de febrero de 2010, consideramos que la modificación que ello supone en el objeto contractual es tan pequeña que en modo alguno puede considerarse que le altera. En suma, y por lo advertido, nos encontramos ante una situación de novación modificativa.

La siguiente cuestión a considerar es si aun siendo así, esto es que no consideremos la extinción del contrato de compra-venta recíproca en su día suscrito entre las partes, la falta de un acuerdo expreso para ello invalida la posibilidad de que nos encontremos ante una distinta situación contractual que la primeramente pactada, esto es si la novación modificativa es o no válida. La respuesta a dicha pregunta es afirmativa, pues lo esencial a efectos de discernir en relación a la validez de dicho novación es si la voluntad de las partes es clara al respecto, y en el caso así lo consideramos. No hacemos otra cosa al llegar a tal conclusión que seguir la doctrina marcada por jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en sentencia de 4 de abril de 2011 , ya mencionada con anterioridad, dice que: "**La exteriorización del referido animus novandi (voluntad de novar) no ha de ser necesariamente de forma expresa, pudiendo ser expuesto de forma tácita, como refiere la sentencia de 19 de noviembre de 1993 , que, tras exponer la doctrina general sobre la necesidad de que exista constancia de la voluntad de novar, establece que la novación nunca puede presumirse ni puede inferirse de meras deducciones o conjeturas, para, en el caso de autos - transformación de un local de negocio en almacén- considerar probada la novación verbal consentida por las partes a través de unos hechos que "destacan por su expresividad y contundencia"**". También es clara la sentencia de 13 de diciembre de 2012 , cuando dice que: "**Lo expuesto es consecuencia de que el efecto novatorio, en sentido propio o extintivo, dependa de la voluntad de los contratantes, esto es, de la concurrencia de un "animus novandi "**" - sentencias 409/1980, de 27 de diciembre , 234/1981, de 26 de mayo , 365/1985, de 4 de junio y de 14 de noviembre de 1990 - que puede exteriorizarse de modo expreso o tácito - sentencia 790/2011, de 4 de abril - . Y respecto del cual la incompatibilidad de todo punto entre las dos relaciones jurídicas - también mencionada en el artículo 1204 del Código

Civil , como determinante de la novación propia- constituye, en cierta medida, un indicio. En todo caso, la voluntad de novar no se presume - sentencias 484/2011, de 8 de julio , y 790/2011, de 4 de abril -, sino que ha de ser comprobada por medio de la interpretación - sentencias 60/2006, de 6 de febrero , y 1270/2006, de 14 de diciembre -, que, como se ha dicho en numerosas ocasiones, incumbe a los órganos judiciales de las instancias y, en su fase inicial de determinación de hechos, constituye materia ajena a la casación - sentencias 8641/2002, de 27 de septiembre y 782/2010 de 22 de noviembre - y que, en su fase de fijación de la voluntad concorde de las partes, sólo es revisable en esta sede cuando resulte infringida alguna de las normas que la regulan - sentencia 60/2006, de 6 de febrero -.

Aunque ambas sentencias coinciden en que la novación no se presume nunca, ni puede deducirse de meras conjeturas, ambas admiten la novación tácita, que puede ser comprobada por medio de la interpretación con fundamento en hechos que destacan por su expresividad y contundencia, esto es no de meras conjeturas a que se refiere la jurisprudencia transcrita, situación precisamente ante la que nos encontramos. Ya hemos explicado en el anterior fundamento las razones de tal conclusión, y a ella nos remitimos, pero no obstante no es ocioso repetir que la aceptación repetida del cambio de toneladas que debían de ser remitidas por PROSOL, de 479 a 500, que se deduce del silencio de esta última ante los diferentes correos electrónicos de un solo sentido, la aceptación de cambio de fechas para entrega de café, la falta de protesta directa y dirigida a Kruger en relación a la extensión del contrato al año 2011, y el hecho de que incluso doña Florinda remita un correo electrónico en el que pide un cambio de condiciones contractuales a partir de un concreto mes del año 2011, aceptando por tanto que las relaciones contractuales han existido hasta entonces, pues no otra cosa puede significar el envío de café en dicho año, indican cuál fue el acuerdo de las partes, acuerdo suficientemente comprobado en razón a lo advertido.

Lo dicho, no obstante la conclusión a la que hemos llegado, no es sino un primer paso para contestar al motivo de recurso, pues en realidad en el escrito que aquí resolvemos no se hace objeción a la calificación de la novación como modificativa o extintiva, ni siquiera a la posibilidad de que el derecho español admita la novación tácita; sino que lo que hace es ampararse en la Convención de Viena de 1980, pretendiendo que la misma exige necesariamente un acuerdo expreso para que se produzca una alteración de los términos del contrato, cuando esa alteración sea esencial, situación ésta que la parte recurrente entiende que concurre en el presente caso.

PROSOL, para sostener su posición de que en todo caso se habría producido una alteración sustancial de los términos del contrato, hace cita del artículo 19 de la aludida Convención de Viena que dice que " **se considerara que la modificación de los elementos adicionales ..., relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta** "; y entiende que la modificación pretendida afecta al volumen y fecha de entrega, por tanto que debe entenderse una alteración sustancial de los términos del contrato. Hace cita también del artículo 29.1 de la misma Convención que establece que " **el contrato podrá modificarse o extinguirse por mero acuerdo entre las partes** " y de la interpretación que al mismo se da en el Compendio de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías al que ya nos hemos referido con anterioridad, que refiere que " **se necesita un acuerdo para que las partes puedan cambiar una disposición contractual o rescindir su contrato... y que conforme al artículo 18.1 de la Convención... el mero silencio de una parte a las propuestas de modificación de la otra no supone aceptación** ".

Lo argumentado por la parte recurrente podría hacer pensar en que la necesaria aplicación de la Convención de Viena, y el contenido de esta llevan a la conclusión de que en el caso, y a salvo una manifestación expresa de PROSOL en relación a la aceptación de la modificación del contrato en su día celebrado entre las partes litigantes, no podríamos considerar, a pesar de haber deducido en razón a hechos suficientemente estudiados y demostrados la conformidad de esta última a la modificación contractual alegada por Kruger y por ende que ésta pudiera tener efectos vinculantes para las partes, mas ello no es así. Es cierto el contenido del apartado 1º del artículo 18 de la aludida Convención sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, pero el mismo artículo en su apartado 3 alegado por Kruger dice que " **no obstante, si en virtud de la oferta, de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surte efecto en el momento en que se ejecute este acto** ", y a mayor abundamiento el párrafo 1º del artículo 9 de la aludida Convención también dice que " **las partes están obligadas por las prácticas que hayan establecido entre ellas...** ", y en el caso los aspectos ya estudiados relativos a los diferentes correos electrónicos enviados,

y la modificación que comportaban, y la actitud de las partes ante ellos, son significativos en la manera de actuar de dichas partes establecida en la **PRÁCTICA**, pues no otra cosa significa, como venimos repitiendo de forma inexistente, la aceptación de que el volumen de café a entregar por PROSOL era de 500 t.m, la aceptación de la modificación de los plazos de entrega, y la propia entrega de café realizada parcialmente en el año 2011.

La interpretación que aquí damos es además conforme a sentencias internacionales aplicadoras del Convenio, y así citamos la resolución de la Corte de Nueva York en el caso número 23 CLOUT que podemos interpretar diciendo que **" si bien, conforme al párrafo primero del artículo 18 de la Convención el silencio no entraña generalmente aceptación, el tribunal determina que, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 18, el curso de las tratativas entre las partes crea un deber por parte del fabricante de formular prontamente sus objeciones y que su retraso en no hacerlo constituye aceptación de la oferta "**, resolución que establece un criterio absolutamente concordante con el aquí expuesto, de igual manera que lo hace la Corte de Apelación de Grenoble (Francia), en el caso número 313 CLOUT, en que se dicta resolución cuyo sentido es el de que **" si bien el vendedor negaba que existiera un contrato de compraventa e invocaba el artículo 18 1) de la CIM, según el cual el silencio o la inacción por sí solos no constituyen aceptación, aunque no haya habido aceptación expresa del vendedor, el tribunal se remite a la práctica seguida entre las partes en años anteriores "**.

Estas resoluciones a las que nos referimos son citadas por la parte apelada, pero es que la propia parte apelante cita otras, y en concreto una de un tribunal alemán, CLOUT 193 que dice que **" por sí solos, el silencio o la inacción no constituyen aceptación, a menos que otros actos del oferente indiquen consentimiento o que el oferente efectúe un acto en este sentido "**, y lo hace con cita e interpretando el artículo 18 de la Convención de Viena, a la que insistentemente nos venimos refiriendo.

En suma aun apreciando las divergencias, fundamentalmente terminológicas, existentes entre el instituto de la novación tal y como viene regulado en el Código Civil, y la regulación que se hace en el Convenio de Viena en relación con las Compraventas Internacionales de Mercaderías y la posibilidad de modificación de lo acordado en un primer contrato, nos encontramos con que en el caso lo que es definitivo a efectos de entender si existió una modificación de las condiciones contractuales, y si esta es válida es la apreciación de si los actos de las partes, suficientemente probados e interpretados en su conjunto, indican cuál fue la voluntad de esta de modificar lo acordado; pregunta a la que entendemos ya hemos dado suficiente respuesta.

En razón a ello desestimamos el motivo de recurso aquí estudiado.

CUARTO.- En el siguiente motivo del recurso, PROSOL, insistiendo en argumentos ya utilizados con anterioridad, dice que nunca aceptó que las entregas de café se realizasen en el año 2011, sino que éstas debían de concluir en el mes de diciembre de 2010, y por ello cumplió con su obligación exclusivamente en el año en cuestión, y que quien incumplió su obligación fue Kruger.

Esta última insiste en afirmar la existencia de novación modificativa; y advierte que la actitud de PROSOL está vinculada a la obtención de mayor beneficio que le reportaría entender que la vigencia del contrato litigioso lo fue durante el año 2010; pues podría haber adquirido café para cumplir con su obligación de suministro con Kruger para el año 2011, que sin embargo después vendió más caro a otros compradores. Además contestando al argumento de que fue Kruger y no PROSOL quien incumplió el contrato, dice que esta última, y si nos atenemos a las previsiones iniciales contenidas en el archivo adjunto al correo electrónico de 1 de febrero de 2010, incumplió su obligación de entregar las entregas pactadas para los meses de agosto y noviembre de dicho año.

Lo resuelto hasta aquí contesta el motivo de recurso ante el que nos encontramos, que en razón a ello debe de ser desestimado.

Ya hemos considerado porque la valoración de la prueba nos conduce a entender la aceptación de PROSOL de entregas de café para el año 2011, y además y en relación con la tabla que figura en los folios 1005 y 1006 de las actuaciones de fechas de suministro -folios 55 y 56 de contestación al recurso-, referidas a suministro por parte de PROSOL, aparece que en 10 ocasiones el suministro se realiza en días de los meses de enero y febrero de 2011, y al respecto no hay prueba en autos que lo contradiga, afirmación que se hace salvo error de apreciación de esta Sala.

Tampoco podemos aceptar que PROSOL cumplió siempre con la obligación pactada en el primitivo acuerdo de febrero de 2010, pues los correos que hemos transcrito, y a los que también hace referencia la sentencia recurrida, ilustran de que no lo hizo en la forma pactada en relación con los suministros acordados

para los meses de agosto y noviembre de 2010. Es decir, para amparar su postura no puede aducir un pretendido cumplimiento escrupuloso de las obligaciones que la correspondían y por contra advertir del incumplimiento contrario, y tampoco la falta de aceptación tácita de las modificaciones que se deducen de los correos electrónicos estudiados, precisamente por haber quedado acreditado su incumplimiento.

QUINTO.- Aunque se articularon dos motivos de recurso señalados con los ordinarios cuarto y quinto, en realidad nos encontramos ante un único motivo; qué es el que se refiere a la discrepancia de la parte recurrente con el hecho de que habiendo desestimado la sentencia de instancia la indemnización solicitada, pedida con fundamento en la realización de una compra de reemplazo por parte de Kruger, que sin embargo no se da por acreditada, se concede una indemnización haciendo cálculo distinto y con fundamento diferente. Se pretende en consecuencia que la sentencia dictada es incongruente, por conceder cosa distinta a la solicitada; que indica además que la indemnización se concede con fundamento en documentos presentados por la propia parte recurrente, que de no haberlo sido impedirían el pronunciamiento que en último término se ha realizado en la sentencia recurrida.

A los argumentos expuestos en los motivos de recurso que aquí consideramos, que vamos a resolver en este exponiendo jurídico, contesta Kruger en la fundamentación jurídica, que en la demanda reconvencional pidió la indemnización de daños y perjuicios con fundamento en la existencia de compraventa de reemplazo, pero advierte que de forma subsidiaria también solicitó, para el caso de que la acción principal ejercitada en dicha demanda no prosperase, que los daños y perjuicios se fijasen conforme a lo establecido en los artículos 329 del Código de Comercio, y que 1106 y 1107 del Código Civil .

Necesario resulta a la vista de la alegación realizada hacer consideración jurisprudencial en relación a lo que debemos de entender por resolución incongruente, así como también de las circunstancias de hecho concurrentes en el caso que nos ocupa, lo que nos remite necesariamente al estudio de la literalidad de la demanda reconvencional presentada por Kruger.

Al respecto de la primera cuestión, esto es de que debemos de entender por sentencia incongruente advertimos que el vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y las pretensiones formuladas por las partes, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido; adquiere relevancia constitucional, pero también legal, por entrañar una alteración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal.

El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial hace necesario la comparativa entre su parte dispositiva y el objeto del proceso, objeto del proceso que está delimitado por las partes, la causa de pedir y lo que se pide. En relación con estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin perjuicio del cambio de punto de vista del tribunal respecto al mantenido por los interesados, **siempre que se observe un absoluto respeto por los hechos** , si bien con la facultad del juzgador de fijar los alegados de modo definitivo según el resultado de las pruebas.

La sentencia del 20 de diciembre de 2004 del Tribunal Supremo , al respecto de este último afirma que: **" para llevar a cabo dicha comparación no se precisa constatar una exactitud literal y rígida, sino que basta que se dé la racionalidad y la lógica jurídica necesarias, así como una adecuación sustancial, lo que faculta a ejercer una cierta flexibilidad "**, y la del 6 de abril de 2005, completando la doctrina anterior establece que: **" no se considera infringido el principio de congruencia en aquellos casos en que los términos del suplico y los del fallo no son literalmente iguales, siempre que respondan a una unidad conceptual y lógica, sin que se haya alterado sustancialmente la pretensión procesal "**.

La más reciente sentencia de fecha 18 de febrero de 2013 , al respecto de la congruencia exigida por los artículos 219 y concordantes de la ley de Enjuiciamiento Civil dice que: **" En relación al presupuesto de congruencia debe señalarse, tal y como se expone en la STS de 18 mayo 2012 (núm. 294), que constituye doctrina de esta Sala que el deber de congruencia, consistente en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, se cumple cuando la relación entre el fallo y las pretensiones procesales no está sustancialmente alterada en su configuración lógico-jurídica (STS de 14 de abril de 2011 , ROJ 2898, 2011).**

El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial precisa, por tanto, de la confrontación entre su parte dispositiva -dictum- y el objeto del proceso, delimitado, a su vez, tanto por los elementos subjetivos del proceso, las partes, como por los elementos objetivos, la -causa de pedir-, entendida

como el hecho o conjunto de hechos que producen efectos jurídicos y resultan esenciales para el logro de las pretensiones solicitadas, y el propio -petitum- o pretensión solicitada, (ST de 13 de junio de 2005). De esta forma, la congruencia no se mide en relación con los razonamientos o con la argumentación, sino poniendo en relación lo pretendido en la demanda con la parte dispositiva de la sentencia (SSTS de 30 de marzo de 1988 , y 20 de diciembre de 1989 . En parecidos términos, cabe señalar que esta labor de contraste o comparación no requiere que se realice de un modo estricto, esto es, que se constate una exactitud literal o rígida en la relación establecida, sino que se faculta para que se realice con cierto grado de flexibilidad bastando que se de la racionalidad y la lógica jurídica necesarias, así como una adecuación sustancial y no absoluta ante lo pedido y lo concedido; de tal modo que se decide sobre el mismo objeto, concediéndolo o denegándolo en todo o en parte. (STS de 4 de octubre de 1993). En esta línea, y en términos generales, también hay que señalar que las sentencias absolutorias no pueden ser tachadas de incongruencia por entenderse que resuelven todas las cuestiones suscitadas en el pleito, salvo casos especiales (SSTS de 10 de diciembre de 2004 y 5 de febrero de 2009). Con lo que la incongruencia extra petita (fuera de lo pedido), en relación con el principio de iura novit curia, se produce en la medida en que la facultad que tiene el tribunal para encontrar o informar el derecho aplicable a la solución del caso comporta la alteración de los hechos fundamentales, causa de pedir, en que las partes basen sus pretensiones (SSTS de 6 de octubre de 1988 y 1 de octubre de 2010).

Respecto a la relevancia constitucional del vicio de incongruencia hay que señalar que se produce, por entrañar una alteración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal (STC 18 de octubre de 2004 RTC 2004, 174). En esta línea, el Tribunal Constitucional ha reiterado que para que la indefensión alcance relevancia constitucional es necesario que sea imputable y que tenga su origen en actos u omisiones de los órganos judiciales, esto es, que la indefensión sea causada por la actuación incorrecta del órgano jurisdiccional. Quedando excluida de la protección del artículo 24 C.E , la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan (STS de 29 de noviembre de 2010).

La comparación entre las sentencias dictadas de los años 2004 y 2005, nos dice que la doctrina del Tribunal Supremo al respecto de la congruencia que deben observar las resoluciones judiciales, no se ha modificado, y que dentro de un marco de flexibilidad en la comparación entre lo pedido y lo concedido, el límite que establece es una adecuación racional entre dichas circunstancias, y que no se produzca indefensión a ninguna de las partes en razón a la modificación que pueda existir entre el fallo de la sentencia y el suplico de la demanda.

El examen de actuaciones ilustra que en el suplico de la demanda reconvenzional, Kruger pide que se condene a PROSOL al pago de la cantidad de 529.117,80 #, o, subsidiariamente al importe que se determine en virtud de dictamen pericial..., dictámen solicitado para práctica de prueba en primera instancia, y al que nos referiremos con posterioridad, dictamen este que en realidad lo que pretendía era fijar la indemnización de daños y perjuicios en razón a la compraventa de reemplazo utilizada, aunque eso sí, considerando la prueba documental presentada por la misma parte y también la que pudiera existir en las actuaciones. Sin embargo en los fundamentos jurídicos segundo y tercero de los denominados jurídico-materiales del escrito de demanda reconvenzional, se decía que con carácter subsidiario se aplicase el artículo 329 del Código de Comercio , y más aún, que con carácter complementario o subsidiario de lo anterior se determinase la resolución contractual, y por tanto la indemnización de daños y perjuicios conforme a lo establecido en los artículos 1106 y 1107 del Código Civil . Resulta así que la indemnización de daños y perjuicios en estos últimos supuestos de petición subsidiaria y/o complementaria esta estrechamente vinculada con el contenido del artículo 1106 del Código Civil que para el caso de incumplimiento contractual dice que la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que se haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor. Es decir conforme a la petición subsidiaria, la actora reconvenzional no decía que la indemnización fuese necesariamente la referida al coste de la compraventa de reemplazo, aunque ésta fuese la petición principal, sino que los términos de petición eran más extensos, y se referían a la pérdida sufrida y ganancia dejada de obtener, conceptos estos que pueden señalarse por medios distintos al que se constituía como fundamento de la petición principal.

El juzgador de instancia lo que hace es atenerse a la petición subsidiaria, y con fundamento además en prueba obrante en autos, y por eso la sentencia no es incongruente. Que la prueba en que fundamenta la resolución haya sido propuesta y practicada a instancia de la parte demandada en reconvencción, no impide su

consideración, pues las normas de la carga de la prueba afectan a la situación en que un hecho fundamento de la resolución a dictar carezca de prueba, situación en la que las consecuencias negativas de tal carencia deben recaer en la parte obligada a su acreditación; pero cuando como en el caso sucede, existe prueba, sea cual sea el origen de su constancia, ninguna norma se infringe por ello.

Cierto es que en el suplico de la demanda reconvencional no se hace alusión a la petición subsidiaria, y que ello podía haber sido objeto de aclaración o corrección en la audiencia previa, pero no hacerlo así, cuando tampoco consta que la parte ahora recurrente la solicitase, y cuando además era perfecta conocedora de lo que se la pedía, y se ha podido defender, ninguna indefensión la genera, y por ende no constituye a la sentencia recurrida en incongruente. Lo cierto es que la petición que consta en la fundamentación jurídica de la demanda reconvencional, afecta al objeto del proceso, y resolver conforme a ella supone una adecuación lógica con lo solicitado.

De otro lado tampoco puede objetarse a lo resuelto el artículo 75 de la Convención de Viena que dice que **"si se resuelve el contrato y si, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74"**, pues dicho artículo lo que hace es regular la posibilidad de indemnización para el supuesto de existencia de compraventa de reemplazo, pero no sólo no impone que necesariamente así sea, sino que la remisión que hace al artículo 74 habilita que la indemnización de daños y perjuicios que solicite y se conceda, se determine conforme a parámetro distinto.

En razón a lo dicho, los motivos de recursos estudiados en el presente fundamento, también deben desestimarse.

SEXTO.- En el presente fundamento jurídico estudiaremos el motivo de impugnación formulado por la entidad KRUGER, motivó en el que solicita que se incremente la indemnización que en concepto de daños y perjuicios viene concedida en la sentencia de instancia.

Antes sin embargo debemos dar contestación al primer argumento que se expone en el escrito de contestación o alegación presentado por Productos Solubles en relación al escrito de impugnación que ahora se resuelve. En él se dice de la inadmisibilidad del mismo por falta de pago de la tasa y depósito. En un primer momento el juzgado inadmitió la impugnación, para después y ante la presentación del pertinente recurso, y sin que mediara declaración de nulidad o revocación de la resolución que así lo hacía, admitió a trámite la impugnación en cuestión.

Más allá de la incorrección procesal que se ha descrito entendemos correcta la decisión de admitir la impugnación, considerando también de la improcedencia de declarar la nulidad de lo actuado y retrotraer las actuaciones, toda vez que con la decisión adoptada de admisión de la impugnación no se origina indefensión a ninguna de las partes. Para afirmar la corrección de la admisión de la impugnación hacemos interpretación del artículo 2 de la ley 10/12 de 20 noviembre que no se refiere a la impugnación como uno de aquellos actos que genera la obligación que se dicen cumplida, artículo que debe de ponerse en relación con el 14 de la Ley General Tributaria, que establece que **"no se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales"**. En todo caso, advertimos también que las dudas que pudieran surgir al respecto la interpretación de la legislación aplicable deben de resolverse en favor del principio "pro accione".

Dicho lo anterior vamos a considerar en este mismo fundamento jurídico el motivo de impugnación a resolver. En el escrito que ahora contestamos se dice, como ya hemos advertido en el fundamento jurídico, que en el suplico del escrito de reconvención se solicitaba de forma subsidiaria la indemnización de daños y perjuicios conforme a las normas reguladoras de los mismos contenidas en el Código Civil y referidas a los que sean consecuencia de incumplimiento contractual. Además solicitó la práctica de prueba pericial en segunda instancia con la que pretendía se pusiese de manifiesto la incorrección de la cuantificación de indemnización de daños y perjuicios que le había sido concedida. En esta alzada se practicó únicamente una de las pruebas periciales solicitadas, y se denegó la práctica de la segunda prueba por las razones que ya constan en resolución dictada en el presente rollo de Sala. El único informe pericial practicado establecía que los daños y perjuicios generados a Kruger eran superiores a la indemnización concedida en la sentencia de instancia, pero incluso también a lo solicitado en concepto de indemnización en el escrito de demanda reconvencional, en petición después reproducida también en el escrito de impugnación por ella interpuesto; y dicho informe ha sido objeto de contradicción tanto mediante el pertinente traslado a las partes en el momento

en que fue presentado en esta Audiencia, como mediante la celebración de vista pública en la que compareció el señor perito autorizante a efectos de que se formularan las pertinentes preguntas en relación al mismo.

Nos encontramos además en el caso con que la resolución del motivo de impugnación sólo podría ampararse en dicho informe pericial, pues la valoración realizada en la sentencia de instancia tomando en consideración la prueba documental obrante en las actuaciones no está desafecta de lógica y tiene suficiente motivación, en la instancia no se practicó otra prueba que sirva para contradecirla, y además la prueba documental valorada fue aportada por la entidad apelante e impugnada.

Nos encontramos también con que para la valoración de la prueba pericial a que nos referimos la Sala asume una posición idéntica a la del juzgador de primera instancia, en tanto que no revisa la valoración de dicha prueba se haya hecho en dicha primera instancia, sino que efectúa una primera valoración de la misma, por la que las reglas que ha de seguir son las que afectan a los juzgadores de instancia, reglas que son interpretativas del artículo 348 de la ley de Enjuiciamiento Civil, eso sí teniendo en cuenta que la valoración de dicha prueba pericial debe de hacerse conjuntamente con el resto de las pruebas practicadas.

El artículo 348 aludido dice que **"el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica"** norma corta pero suficiente y que ha sido objeto de interpretación por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que sostiene que en atención al artículo en cuestión puede decirse que la prueba de peritos es de apreciación libre, no tasada, valorable por el juzgador (en este caso la Sala) según su prudente criterio, sin que existan reglas preestablecidas que rijan su estimación o desestimación, y que en consecuencia de todo ello es de libre valoración por el juez. Ello es así además porque las reglas de la sana crítica no están codificadas, han de ser entendidas como las más elementales directrices de la lógica humana, y como reglas de experiencia.

En el caso consideramos que es la prueba pericial, atendidas las circunstancias que concurren y sin poner en duda en modo alguno la cualificación profesional del señor perito que la emitió, no puede sostener la estimación del recurso ni por sí ni valorada conjuntamente con el resto de la prueba practicada, que en consecuencia tampoco que la indemnización a conceder debe de ser superior por ser mayores los daños y perjuicios valorados en la instancia, y en último término tampoco que el juzgador de instancia ha podido errar en su valoración probatoria. En efecto no sólo es que resulta sorprendente que sea la propia entidad Kruger quien solicita una indemnización inferior a la cuantificación que aparece en el informe pericial, lo que pone de manifiesto una discordancia que no encuentran fácil justificación, es que además algunos de los argumentos que utiliza el juzgador de instancia para concluir en que la única posibilidad de determinación de indemnización es valorando la prueba documental obrante en autos no se aclaran con la misma. En efecto el propio señor perito reconoció que únicamente había examinado documentos contables, por otra parte lógico dado el planteamiento de la prueba, que su informe no tienen cuenta la clase o clases de café que debían de haber sido suministrados por PRODUCTOS SOLUBLES a KRUGER, y al que éste dice que adquirió; en el acto de la vista también reconoció que no consta un análisis de precios de mercado, ni si la compra de café se hubiera podido hacer en Europa en vez de en Brasil; que ignora también las características del café importado; y además y en este caso sí que contraviniendo la propuesta de prueba y el modo en forma de su admisión, afirmó que en la división de su informe pericial había utilizado una factura que le fue facilitada por Kruger, y que no constaba en las actuaciones. También reconoció, en relación con una factura de transporte, que no había constatado su autenticidad, por contra de lo que sí había hecho con otras facturas; y a la pregunta referida al porqué de los diferentes gastos de arancel para dos importaciones distintas de la misma cantidad, o porque la misma compañía de transporte modificó el precio para los envíos no dio respuestas suficientemente convincentes, aunque sustancialmente se refirió a dicha posibilidad en razón al momento de los envíos, y a que los gastos de transporte tienen una baja significación con respecto al total.

Se configura con lo dicho una situación en la que entendemos que la prueba pericial no tiene la contundencia suficiente para acreditar el error del juzgador de instancia, error que derivaría de la consideración de la absoluta fiabilidad de dicha prueba, y de entender que aclararía todos los extremos referidos a la producción y cuantificación de los daños y perjuicios reclamados. La decisión se adopta no en razón a las dudas que pudieran surgir por alguna de las cuestiones o extremos a que nos hemos referido, sino porque el conjunto de las mismas hace concluir en que no existe razón suficiente para dejar sin efecto lo acordado en la sentencia de instancia.

Por lo dicho el motivo de impugnación se desestima y con ello la propia impugnación, lo que conlleva la necesaria confirmación de la sentencia en su integridad.

SÉPTIMO.- Al ser desestimado el recurso, en aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , procede imponer las costas de esta alzada a la parte apelante.

De igual manera y con el mismo fundamento jurídico, se imponen las costas generadas por la impugnación a la parte impugnante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que, **DESESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad PRODUCTOS SOLUBLES SOCIEDAD ANÓNIMA contra la sentencia dictada el día 21 de junio de 2011, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Palencia , en los autos de que dimana el presente Rollo de Sala, y así también la impugnación a dicha sentencia formulada por la representación de KRUGER GMBH & Co. KG; debemos **CONFIRMAR** como **CONFIRMAMOS** mencionada resolución en todas sus partes, con imposición de las costas del recurso a la parte apelante; y las de la impugnación a la parte impugnante.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Don **Mauricio Bugidos San José**, Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha de lo que yo el Secretario certifico.