



H

Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1ª).
Sentencia núm. 267/2012 de 25 mayo[JUR\2012\232460](#)

CONTRATOS: disposiciones generales: alcance de las obligaciones contraídas: doctrina general: reclamación de daños y perjuicios por entrega de pimentón defectuoso: estimación parcial: acreditación de retirada del mercado de los productos contaminados excepto un lote: correcta gestión de los mecanismos de actuación en estado de crisis por parte de la entidad demandada: falta de acreditación de una mayor inversión de trabajo y esfuerzo por parte de la empresa demandante.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 315/2011

Ponente: Illma. Sra. maría pilar alonso saura**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1****MURCIA**

SENTENCIA: 00267/2012

SENTENCIA**NÚM. 267/12****ILMOS. SRS.**

D. ANDRÉS PACHECO GUEVARA

PRESIDENTE

D. FERNANDO LOPEZ DEL AMO GONZÁLEZ

Dª. Mª PILAR ALONSO SAURA

MAGISTRADOS

En la Ciudad de Murcia, a veinticinco de mayo de dos mil doce.

Habiendo visto en grado de apelación la Sección Primera de esta Ilustrísima Audiencia Provincial los autos de juicio ordinario que se han seguido con el nº 126/08 en el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Murcia, entre partes, como demandante y en esta alzada apelante-apelada Internacional Flavors & Fragrances INC e Internacional Flavors & Frangances I.F.F. (Nederland) B.V. representadas por el Procurador D. Antonio Rentero Jover y dirigidas por la Letrada Dña. Monserrat López Bellota y como demandada y en esta alzada apelante- apelada Ramón Sabater S.A., representada por el Procurador D. Alfonso Albacete Manresa y dirigida por los Letrados Dña. Marta y D. Jordi Brosa Miró. Es Ponente la Ilma. Sra. Dña. Mª PILAR ALONSO SAURA, que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instancia citado con fecha 16 de diciembre de 2010 dictó en los autos principales de los que dimana el presente rollo la Sentencia cuya parte dispositiva dice así "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Don Antonio Rentero Jover en nombre y representación de Internacional Flavors & Fragantes INC y de International Flavors & Flavors Fragantes

I.F.F. (Nederland) B.V. contra Ramón Sabater S.A., representada por el Procurador Don Alfonso Albacete Manresa, debo condenar y condeno a la demandada a abonar a las actoras la cantidad de ciento cuarenta y tres mil euros con cuarenta y tres céntimos de euro (143.400,43 euros), más intereses de dicha cantidad conforme al [art. 576](#) de la [LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) desde el dictado de esta sentencia, sin imposición de costas procesales a ninguna de las partes.". Posteriormente se dictó auto el día 18 de noviembre de 2010, disponiendo lo siguiente: "Se rectifica la sentencia de fecha 16 de Septiembre de dos mil diez recaída en estos autos en el sentido siguiente: Que la cantidad objeto de condena es de ciento cuarenta y tres mil cuatrocientos euros con cuarenta y tres céntimos (143.400,43 euros), manteniéndose el resto de la redacción de la parte dispositiva de la sentencia.

Contra este auto no cabe recurso alguno.".

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia y en tiempo y forma interpusieron recursos de apelación ambas partes, dándose los correspondientes traslados y previo emplazamiento de éstas, fueron remitidos los autos originales a esta Audiencia, en la que se formó el oportuno rollo por la Sección Primera con el nº 515/08, compareciendo las mismas en la cualidad antes expresada, dictándose auto el día 9 de diciembre de 2011 acordando denegar el recibimiento a prueba para practicar las propuestas por ambas partes, y señalar para deliberación y votación el día 22 de mayo de 2012, auto confirmado por el dictado el día 27 de enero último, que desestimó el recurso de reposición interpuesto por el Procurador Sr. Rentero Jover en la expresada representación. Mediante providencia dictada el día 27 de enero último se tuvieron por ampliados los hechos en cuanto al dictado de Resolución del Servicio de Seguridad Alimentaria y Zoonosis de la Consejería de Sanidad de Murcia el día 5 de Marzo de 2011 y al acuerdo de 26 de mayo de 2011 de la Mesa de Coordinación Alimentaria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

La parte demandante ha interpuesto recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia, con base en los siguientes motivos, respecto de los cuales formula las correspondientes alegaciones: 1ª La sentencia recurrida incurre en infracción de la Orden de 1 de septiembre de 1983 y del [Real Decreto 2001/1995 \(RCL 1996, 215 y 719\)](#) : la Legislación positiva no condiciona la ilegalidad de los colorantes Sudan red y Para red a ningún límite de detección; 2ª La contaminación del pimentón rojo en polvo con colorante ilegales constituye un defecto esencial del producto pues el mismo deviene inservible para el consumo humano; 3ª Errónea valoración de la prueba por la sentencia recurrida: conforme al criterio adoptado por la Comisión Europea en su Decisión de 10 de mayo de 2005 , la demandante debía retirar del mercado el producto contaminado con los colorantes ilegales Sudan Red y Para Red; 4ª Error en la valoración de la prueba: incluso considerando que el límite de detección de 0,5-1 mg/kg (PPM) hubiese sido de aplicación al presente caso no habría tenido relevancia porque la demandante y la demandada alcanzaron por vía contractual un acuerdo más restrictivo sobre la presencia de colorantes en el pimentón que debía suministrar ésta; 5ª Error en la valoración de la prueba e indebida aplicación de la doctrina de los actos propios: la demandante nunca ha aceptado recibir ni ha tenido por conformes los lotes de pimentón contaminados con Para Red y/o Sudan Red entre 0,5 y 1 ppm; y 6ª Errónea valoración de la prueba de los daños y perjuicios causados a la demandante, interesando que se dicte sentencia en virtud de la cual

1. Respecto del Lote de pimentón rojo en polvo con número de referencia B 3804/4991 suministrado por Ramón Sabater, S.A. a International Flavors & Fragrances I.F.F. (Nederland) B.V. en fecha 17 de noviembre de 2004:

a. Se declare a Ramón Sabater, S.A. ha incumplido el contrato de compraventa internacional celebrado con International Flavors & Fragrances INC e International Flavors & Fragrances I.F.F. (Nederland) B.V.; y

b. Se condene a Ramón Sabater, S.A., consecuencia de haber suministrado a International Flavors & Fragrances I.F.F. (Nederland) B.V. el Lote B 3804/4991 contaminado con los colorantes no autorizados Sudan Red y para Red, a indemnizar a Intenartional Flavors & Fragrances INC e International Flavors & Fragrances I.F.F. (Nederland) B.V. en concepto de daños y perjuicios:

1. Con carácter principal, la cantidad de 579.839,21 euros (quinientos setenta y nueve mil ochocientos treinta y nueve euros con veintinueve céntimos de euros).

2. Y subsidiariamente, para el supuesto de que esta Excma. Sala considerara que no procede que los costes en concepto de "Honorarios Profesionales" y "Crisis en la gestión del trabajo" sean imputados en mayor proporción al Lote B 3804/4991, conforme a los criterios señalados por el perito Sr. Benjamin

Doroteo , la cantidad de 412.846,37 euros (cuatrocientos doce mil ochocientos cuarenta y seis euros con treinta y siete céntimos de euro).

2. Respecto del Lote de pimentón rojo en polvo con número de referencia B 4176/5145 suministrado por Ramón Sabater, S.A. a International Flavors & Fragrances I.F.F. (Nederland) B.V. en fecha 22 de diciembre de 2004:

a. Se declare que Ramón Sabater, S.A. ha incumplido el contrato de compraventa internacional celebrado con International Flavors & Fragrances INC e International Flavors & Fragrances I.F.F. (Nederland) B.V.; y

b. Se condene a Ramón Sabater, S.A., consecuencia de haber suministrado a International Flavors & Fragrances I.F.F. (Nederland) B.V. el Lote B 4176/5145 contaminado con los colorantes no autorizados Sudan Red y para red, a indemnizar a International Flavors & Fragrances INC e International Flavors & Fragrances I.F.F. (Nederland) B.V. en concepto de daños y perjuicios:

1. Con carácter principal, la cantidad de 371.098,17 euros (trescientos setenta y un mil noventa y ocho euros con diecisiete céntimos de euro).

2. Y subsidiariamente, para el supuesto de que esta Excm. Sala considerara que no procede que los costes en concepto de "Honorarios Profesionales" y "Crisis en la gestión del trabajo" sean imputados en mayor proporción al Lote B 3804/4991, conforme a los criterios señalados por el perito Don. Benjamin Doroteo , la cantidad de 412.846,37 euros (cuatrocientos doce mil ochocientos cuarenta y seis euros con treinta y siete céntimos de euro).

3. Respecto del Lote de pimentón rojo en polvo con número de referencia C 1230/5296 suministrado por Ramón Sabater, S.A. a International Flavors & Fragrances I.F.F. (Nederland) B.V. en fecha 9 de febrero de 2005:

a. Se declare que Ramón Sabater, S.A. ha incumplido el contrato de compraventa internacional celebrado con International Flavors & Fragrances INC e International Flavors & Fragrances I.F.F. (Nederland) B.V.; y

b. Se condene a Ramón Sabater, S.A., consecuencia de haber suministrado a International Flavors & Fragrances I.F.F. (Nederland) B.V. el Lote C 1230/5296 contaminado con los colorantes no autorizados Sudan Red y para red, a indemnizar a International Flavors & Fragrances INC e International Flavors & Fragrances I.F.F. (Nederland) B.V. en concepto de daños y perjuicios:

1. Con carácter principal, la cantidad de 371.098,17 Euros (Trescientos setenta y un mil noventa y ocho euros con diecisiete céntimos de euro).

2. Y subsidiariamente, para el supuesto de que esta Excm. Sala considerara que no procede que los costes en concepto de "Honorarios Profesionales" y "Crisis en la gestión del trabajo" sean imputados en mayor proporción al Lote B 3804/4991, conforme a los criterios señalados por el perito Don. Benjamin Doroteo , la cantidad de 412.846,37 euros (cuatrocientos doce mil ochocientos cuarenta y seis euros con treinta y siete céntimos de euro).

4. Respecto del Lote de pimentón rojo en polvo con número de referencia C 1444/5379 suministrado por Ramón Sabater, S.A. a International Flavors & Fragrances I.F.F. (Nederland) B.V. en fecha 2 de marzo de 2.005:

a. Se declare que Ramón Sabater, S.A. ha incumplido el contrato de compraventa internacional celebrado con International Flavors & Fragrances INC e International Flavors & Fragrances I.F.F. (Nederland) B.V.; y

b. Se condene a Ramón Sabater, S.A., consecuencia de haber suministrado a International Flavors & Fragrances I.F.F. (Nederland) B.V. el Lote 1444/5379 contaminado con los colorantes no autorizados Sudan Red y para Red, a indemnizar a International Flavors & Fragrances I.F.F. (Nederland) B.V. en concepto de daños y perjuicios:

1. Con carácter principal la cantidad de 371.098,17 euros (trescientos setenta y un mil noventa y ocho euros con diecisiete céntimos de euro).

2. Y subsidiariamente, para el supuesto de que esta Excm. Sala considerara que no procede que los costes en concepto de "Honorarios Profesionales" y "Crisis en la gestión del trabajo" sean imputados en mayor proporción al Lote B 3804/4991, conforme a los criterios señalados por el perito Don. Benjamin Doroteo , la cantidad de 412.846,37 euros (cuatrocientos doce mil ochocientos cuarenta y seis euros con

treinta siete céntimos de euro).

5. Respecto del Lote de pimentón rojo en polvo con número de referencia C 1680/5480 suministrado por Ramón Sabater, S.A. a International Flavors & Fragrances I.F.F. (Nederland) B.V. en fecha 24 de marzo de 2005:

a. Se declare que Ramón Sabater, S.A. ha incumplido el contrato de compraventa internacional celebrado con International Flavors & Fragrances INC e International Flavors & Fragrances I.F.F. (Nederland) B.V.; y

b. Se condene a Ramón Sabater, S.A., consecuencia de haber suministrado a International Flavors & Fragrances I.F.F. (Nederland) B.V. el Lote C 1680/5480 contaminado con los colorantes no autorizados Sudan Red y Para Red, a indemnizar a International Flavors & Fragrances INC e International Flavors & Fragrances I.F.F. (Nederland) B.V. en concepto de daños y perjuicios:

1. Con carácter principal, la cantidad de 371.098,17 euros (trescientos setenta y un mil noventa y ocho euros con diecisiete céntimos de euro).

2. Y subsidiariamente, para el supuesto de que esta Excm. Sala considerara que no procede que los costes en concepto de "Honorarios Profesionales" y "Crisis en la gestión del trabajo" sean imputados en mayor proporción al Lote B 3804/4991, conforme a los criterios señalados por el perito Don. Benjamin Doroteo, la cantidad de 412.846,37 euros (cuatrocientos doce mil ochocientos cuarenta y seis euros con treinta y siete céntimos de euro).

Y todo ello con expresa imposición de costas a Ramón Sabater, S.A.

La parte demandada ha interpuesto igualmente recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia, que concreta a la no aplicación de caso fortuito, a la cuantificación de los daños y perjuicios establecidos en relación con el Lote B- 3804, a la no imposición de costas en relación al desistimiento parcial de las demandantes y a la no imposición de costas por estimación parcial de la demanda, interesando la íntegra desestimación de ésta con condena en costas, tanto en primera como en segunda instancia.

Concretadas, en síntesis, las alegaciones y pretensiones deducidas por las partes en esta alzada, teniendo en cuenta su diverso y contrapuesto contenido, se analizarán en primer término las efectuadas por la parte demandante numeradas 1ª a 5ª, para considerar seguidamente la concurrencia o no de caso fortuito que plantea la demandada mediante su recurso de apelación y, finalmente, la controversia en relación con los daños y perjuicios causados a la demandante y el pronunciamiento sobre las imposición de costas.

SEGUNDO

Para la resolución de las pretensiones que se deducen en esta alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, ha de partirse del presupuesto que constituye que en la demanda formulada contra Ramón Sabater S. A. se ejercitan acciones en reclamación de la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento por la demandada de sus obligaciones contractuales y, en particular, de su obligación de suministrar pimentón rojo en polvo conforme a las características pactadas entre las partes en los siguientes lotes: B 3804/ 4991, orden de compra de 25 de octubre de 2004 -documentos 27, 29 y 30 de la demanda-, B 4176/5145, orden de compra de 30 de noviembre de 2004 - documento 3 de la contestación a la demanda-, C 1230/5296, la orden de compra de 17 de enero de 2005- documento nº 4 contestación-, C 1444/5379, orden de compra el 9 de febrero de 2005 -documentos 37 y 38 de la demanda-, y C 1680/5480, orden de compra de 1 de marzo de 2005- documento 5 de la contestación- que la demandante admite en su escrito de interposición del recurso de apelación que le fueron entregados en el periodo comprendido entre el 15 de noviembre de 2004, en que se entregó el lote B- 3804/4991, y el día 18 de marzo de 2005 en que se entregó el lote C 1680/5480 (Folio 946). No existe controversia en que la relación contractual entre las mismas es una compraventa de mercancías a la que es de aplicación Convención de las Naciones Unidas de 11 de abril de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías.

Sentado lo anterior, en relación con la infracción de la Orden de 1 de septiembre de 1983 por la que se establece la Norma de Calidad para el Comercio Exterior del Pimentón y del [Real Decreto 2001/1995, de 7 de diciembre \(RCL 1996, 215 y 719\)](#), que Aprueba la Lista Positiva de Aditivos de Colorantes Autorizados para su uso en la Elaboración de Productos Alimenticios, así como sus Condiciones de Utilización, destaca la parte apelante que la legislación positiva no condiciona la ilegalidad de los colorantes Sudan red y Para red a ningún límite de detección, y concluye que la citada Orden prohíbe expresamente añadir materias al pimentón cuando éstas puedan suponer una alteración del mismo, que

el Real Decreto citado establece un régimen en virtud del cual el responsable lo será, no ya por haber actuado de forma negligente o dolosa, sino por el mero hecho objetivo de haber puesto en circulación un producto que contenga colorantes ilegales no autorizados como el Sudan red y el Para red, y contiene una prohibición absoluta respecto a los colorantes ilegales, sin que condicione su ilicitud a límites ni metodologías de detección, por lo que el límite exigido sería el más bajo posible que pueda detectar la tecnología existente, así como que las cartas que la demandante envió a sus proveedores en fechas 25 de marzo de 2005 y 4 de mayo de 2005 -documentos 6 y 11 de la contestación a la demanda- carecen de relevancia, entre otras razones, porque la legislación en materia higiénico sanitaria está compuesta por normas imperativas no sometidas a la libre disposición de las partes, y en todo caso la parte demandante exigía la entrega de los productos libres de colorantes, y que conforme al artículo 6.2 de la Decisión 2002/657/CE, el límite de decisión era la concentración más baja a partir de la cual, con un método analítico (como el HPLC MS/MS) podía detectarse la presencia de Sudan red y Para red, por lo que en aplicación de dicho artículo los resultados de los lotes B3804/4991, B41576/5145, C1230/5296, C1444/5379 y C1680/5480 realizados por los laboratorios EUROFINS Y TNO, en tanto que han detectado Sudan red y Para red por encima de la concentración mínima que podía detectar el método HPCL MS/MS, deben considerarse resultados no conformes, y que las Decisiones 2003/460CE de 20 junio, 2004/92/CE de 21 de enero y 2005/403 CE de 23 mayo, ordenan la retirada y destrucción de los lotes contaminados con colorantes en los que haya "presencia" de Sudan red, sin fijar ningún máximo o mínimo que determine la licitud del producto, y confirman la interpretación que efectúa del Real Decreto 2001/1995.

Al respecto se ha de señalar, que la sentencia apelada constata los resultados de los análisis efectuados a instancia de la demandante por los laboratorios Eurofins (método [LC \(RCL 1988, 1642 \)](#) MS/MS) y TNO (HPLC ESI MS/MS), que se desprenden de la prueba documental, y que en cualquier caso, como ésta aprecia, no se produjo un añadido intencionado de Sudán red y Para red al pimentón que suministró la demandada a la actora en los lotes litigiosos y, a partir de ello, no cabe acoger su alegación en el sentido de que actuó conforme a los criterios establecidos por el Comité Permanente para la Cadena Alimentaria, de la Comisión Europea en Decisión de 10 de Mayo de 2005 - documento 71 de la demanda-, al proceder a retirar del mercado todos los productos que se habían elaborado con los Lotes B 3804/ 4991, B 4176/5145, C 1230/5296, C 1444/5379 y C 1680/5480, pues ha de tenerse en cuenta que es un hecho admitido y corroborado por el conjunto de la prueba practicada, que el día 14 de abril de 2005 se declaró la primera alerta debida al hallazgo del colorante Para red en pimentón, emitida por la Autoridades Sanitarias Holandesas, y que el Comité Permanente de la Cadena Alimentaria y de Sanidad Animal, Sección de Seguridad Toxicológica, de la Comisión Europea se reunió el día 10 de mayo de 2005 para evaluar la situación relativa a la adulteración de especias y otros alimentos con colorantes industriales, en concreto en relación

a

los recientes hallazgos de Para red, concluyendo, entre otros extremos, que "2.

Métodos analíticos: Reino Unido, Holanda, Francia y España acordaron que sus laboratorios trabajarían en red para desarrollar otros métodos analíticos para el p-Red, ampliar el método a otros colorantes similares en los alimentos y mejorar la consistencia de los resultados. Alemania analizará la posibilidad de participar en la red...Plazo provisional: 2 semanas. A continuación se llevará a cabo el análisis de las mismas pruebas en los distintos laboratorios. El material de ensayo se pondrá a disposición de todos los Estados miembros. Plazo provisional para la realización: otras 2 semanas. El Reino Unido coordinará éstas actividades..... 7. Pendientes los resultados del ejercicio descrito en el párrafo 2, debe considerarse que el límite de detección (LOD) para la mayoría de los colorantes ilegales similares al Sudán I en especias utilizando el método HPLC está en el intervalo de 0,5 - 1 mg/kg. Por el momento todos los ingredientes alimenticios o alimentos preparados a partir de especias que contengan colorante(s) ilegales por encima del LOD relevante utilizando el método HPLC deberán ser retirados del mercado. Todos los alimentos analizados que contengan el colorante (s) ilegal por encima del LOD relevante deberán también ser retirados del mercado

".-documento 71 de la demanda-

Junto a ello ha de significarse que en Comunicado de la Food Standars Agency de 19 de mayo de 2005.-documento 78 de la demanda- sobre los desarrollos relativos a las metodologías analíticas, se señala que" Les escribí el 12 de mayo exponiendo las conclusiones de la reunión del Comité Permanente de la Comisión Europea de la Cadena Alimentaria y Sanidad Animal celebrado el 10 de mayo para discutir la situación con respecto a la adulteración de especias y de otros alimentos con colorantes industriales, en concreto, los recientes hallazgos de para red. Ahora les escribo para actualizaros sobre los recientes desarrollos relativos a las metodologías analíticas ..la Agencia financió el desarrollo de un método de detención mediante HPLC en septiembre de 2003, que se ha convertido en el método estandar para detectar el Sudan I y colorantes relacionados. Sin embargo hemos visto recientemente una serie de resultados comunicados utilizando métodos LC MS para Sudan I y para red.....Como sabéis , en

la reunión de la semana pasada los Estados Miembros acordaron establecer un grupo de trabajo, coordinado por el Reino Unido, para desarrollar más los métodos analíticos para estos colorantes en beneficio de todos los Estados Miembros. Se reconoció que existía necesidad urgente de este trabajo, dados los diferentes mecanismos utilizados entre los laboratorios y dentro de los Estados miembros.

Este trabajo, que comenzó inmediatamente, está demostrando ya que los métodos LC MS para Sudan I y otros colorantes relacionados no están disponibles en muchos laboratorios y puede haber una enorme variabilidad en los resultados entre laboratorios que analizan las mismas muestras. Se han planteado preocupaciones también sobre el hecho de que los métodos LC MS pueden producir resultados positivos falsos a niveles bajos. A la luz de estos desarrollos y hasta que estos asuntos sean resueltos por el Grupo de Trabajo aconsejamos que el método recomendado para detectar el Sudan I y para red sea basado en HPLC.

El límite de detección de este método fue acordado por los Estados Miembros en la reunión de 10 de mayo, siendo de 0,5 - 1.0 mg/kg. Cualquier alimento o ingrediente alimenticio que contuviese los colorantes mediante este método debería ser retirado de la venta."

El referido acuerdo del Comité Permanente de la Comisión Europea fue asumido por las correspondientes autoridades de Seguridad alimentaria ante una contaminación que hasta ese momento se desconocía, conforme expresó en prueba testifical el Sr. Felipe Torcuato , Jefe del Servicio de Seguridad Alimentaria y Zoonosis de la Consejería de Sanidad de la Región de Murcia, que estuvo presente en la reunión en calidad de representante del Gobierno de España, y manifestó que el fundamento de la reunión era fijar un criterio para marcar que productos podían estar en el mercado y cuales debían salir de éste, estableciendo el acuerdo un sistema de liberación positiva de los productos que no estuviesen por encima del citado límite, afirmando que España formuló una protesta formal en relación con el documento de la Food Standards Agency de 12 de mayo -documento 77 de la demanda- porque no se transcribía exactamente lo acordado del Comité Permanente, por lo que luego tuvieron que modificar de conformidad con éste.

Posteriormente, la Food Standards Agency mediante comunicación de 28 de septiembre de 2005 informó del resultado de la reunión del Comité Permanente de la Comisión Europea celebrada el día 20 de septiembre - documento 79 de la demanda-, indicando que el delegado del Reino Unido presentó una actualización sobre el progreso alcanzado en materia de desarrollo de metodología analítica para la detección de colorantes en alimentos, y que a finales de octubre era probable que se dispusiese de todos los resultados procedentes de los diferentes métodos, después de lo cual los Estados miembros considerarían más a fondo la adopción de métodos de ensayo armonizados para el análisis de colorantes en alimentos.

Finalmente, el Comunicado de la Food Standards Agency de 28 de junio de 2006 -documento 80 de la demanda-, que tiene por objeto proporcionar una actualización sobre el ensayo de detección de colorantes ilegales y otros ingredientes alimentarios, tras una reunión del Comité Permanente de la Cadena Alimentaria y la Salud animal de 26 de junio de 2006, indica, entre otros extremos, que "

En los últimos meses, se ha producido un número creciente de casos de especias o de otros ingredientes alimentarios que están contaminados con niveles muy bajos de colorantes ilegales. En estos casos existe el convencimiento de que más que estar presentes como resultado de una adulteración deliberada, los colorantes presentes en niveles muy bajos pueden ser resultado de una contaminación adventicia del entorno o de la maquinaria utilizada para procesar la especia u otro ingrediente

...

El RU propuso que si se detectaba una contaminación inferior al nivel de 0,5 ppm, los Estados Miembros no emprenderían ninguna actuación para retirar los productos del mercado. Sin embargo, si se detectase contaminación en este límite o por encima de éste, entonces los Estados Miembros procederán a la retirada del producto afectado. El límite de actuación se aplicará independientemente de si se han utilizado o no los métodos analíticos HPLC o

LC

MS/MS. En la reunión todos los Estados Miembros acordaron la implementación del límite de actuación ", añadiendo que "

El riesgo para los consumidores representado por la contaminación de ingredientes tales como las especias a niveles inferiores a 0,5 ppm sería muy bajo y una adopción de este límite de actuación permitiría un funcionamiento eficaz del mercado de las especias y de otros ingredientes alimentarios a la vez que aseguraría un fuerte nivel de protección del consumidor

r.", posición que, expresa,

"no puede ser formalmente adoptada en la normativa europea puesto que los límites de actuación sólo

pueden establecerse para los productos de origen animal."

En consideración a los referidos antecedentes no es de apreciar la infracción normativa que invoca la parte demandante, pues, como expresa en su escrito de interposición del recurso de apelación, en medio del desconcierto generado en todos los Estados y entre los operadores del mercado sobre las medidas a adoptar con relación a aquellos alimentos en los que se había detectado la presencia de Sudan red y/o Para red, la Comisión Europea a través de su Comité Permanente para la Cadena Alimentaria, en su reunión de 10 de Mayo de 2005 estableció unos criterios de actuación a implementar en el contexto de la crisis alimentaria -folio 839-, a cuya actuación concreta de gestión, adoptada conforme a la previsión del Reglamento [CE \(RCL 1978, 2836 \)](#) núm. 178 /2002, de 28 de enero -por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Sanidad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria-, se ha de atender como parámetro de referencia para la resolución de la controversia que se suscita en relación con la conformidad del pimentón suministrado a las demandantes por la demandada, cuyo parámetro ha de estimarse ajustado para asegurar la protección de la salud de los consumidores, sin que, conforme a lo expuesto, sea de apreciar la existencia de error en la interpretación del texto de la Reunión del Comité Permanente de la Cadena Alimentaria y Sanidad Animal (Sección de Seguridad Toxicológica) de la Comisión Europea de 10 de mayo de de 2005 citado-, que invoca la parte apelante con base en la precisión en la comunicación de 12 de mayo de 2005 de la Food Standars Agency de que "

En el caso de que se hayan realizados análisis por

LC

-MS y se confirmen niveles de colorantes no permitidos por debajo del LOD para HPLC los Estados Miembros deberán seguir emprendiendo acciones, y los productos deberán ser retirados del mercado"

-documento de la 77 de la demanda-, teniendo en cuenta la propia literalidad de lo acordado en la citada reunión de 10 de mayo y las comunicaciones posteriores de la Food Standars Agency, así como el resultado de la prueba testifical Don. Felipe Torcuato , anteriormente expresados, constando, en definitiva, la existencia de un criterio objetivo clarificador en relación con la presencia de los citados colorantes dado por los máximos responsables de la seguridad alimentaria, criterio al que, por otra parte, se refirió la demandada en el correo electrónico que remitió a la demandante el día 16 de mayo de 2005, en que señala que de acuerdo con la Conclusión de la Comisión Europea

"el método de análisis que debe utilizarse para analizar todos estos colorantes tiene que ser el método "HPLC" con un nivel de detección de 0,5-1 MG/KG

" - documento 55 de la demanda-.

No pueden prevalecer las alegaciones de la parte demandante relativas a la Decisión 2002/657/CE de la Comisión, de 12 de agosto de 2002- por la que se aplica a Directivas 96/23/CE en cuanto al funcionamiento de los métodos analíticos y la interpretación de los resultados-, pues, conforme aprecia la sentencia apelada y admite la parte apelante, está concebida para productos de origen animal, sin que en las circunstancias concurrentes se estime aplicable por analogía, debiendo estarse al límite establecido ante la alerta generada por el hallazgo del Para red anteriormente indicado para la gestión de la crisis alimentaria que se produjo, con fijación del límite relevante utilizando el método analítico HPLC, que según manifestó el testigo Don. Felipe Torcuato era la única técnica que tenía más consenso en aquel momento, que fue el método válido que se aceptó y asumió, y que los técnicos que había en la reunión del Comité no se pusieron de acuerdo en que fuese el método MS/MS, y por eso se acordó una comisión de técnicos que propusiera un método por límite de detección para recomendarlo a los países miembros.

En el mismo sentido en el Comunicado de la Food Standars Agency de 19 de mayo de 2005, según se ha transcrito anteriormente, se indica que

"Se han planteado preocupaciones también sobre el hecho de que los métodos

LC

MS pueden producir resultados positivos falsos a niveles bajos. A la luz de estos desarrollos y hasta que estos asuntos sean resueltos por el Grupo de Trabajo aconsejamos que el método recomendado para detectar el Sudan I y para red sea basado en HPL

C.

El límite de detección de este método fue acordado por los Estados Miembros en la reunión de 10 de mayo, siendo de 0,5 - 1.0 mg/kg".

Por otra parte, las Decisiones 2003/460/CE, de la Comisión, de 20 de junio de 2003, 2004/92/CE, de la Comisión, de 21 de enero de 2004, sobre medidas de emergencia relativas al Chile y sus productos

derivados, y de 23 de mayo de 2005 2005/402/CE, sobre medidas de emergencia relativas al Chile y sus productos derivados, la cúrcuma y el aceite de palma, no son de aplicación a la cuestión controvertida, conforme alega la parte apelante, ni necesariamente han de utilizarse a efectos de aplicación de las normas cuya infracción se invoca, debiendo estarse a lo razonado en la sentencia apelada y a lo anteriormente expuesto en cuanto al parámetro aplicable en la gestión de la crisis adoptado por las máximas autoridades de seguridad alimentaria, que únicamente resulta rebasado en cuanto a la presencia de Para red en el lote de pimentón B-3840- fabricado parcialmente con el lote de cáscara de pimientos que la demandada adquirió en Uzbekistán, que contenía 5,2 mg/kg según los análisis practicados a instancia de la parte demandante y 4,5 mg/ks en los realizados a instancia de la demandada, resultados admitidos y corroborados por la prueba documental. En el resto de los lotes litigiosos los valores de Sudan red y Para red que indican los análisis de los laboratorios de Eurofins y TNO efectuados a instancia de la demandante están muy por debajo del límite aceptado, por lo que se ha concluido que ésta no estaba legalmente obligada a retirar y destruir los productos en que hubiese utilizado pimentón de los mismos.

A igual conclusión ha de llegarse, atendiendo al contenido contractual pactado por las partes, partiendo de que no consta el conocimiento y aceptación por la demandada de los contratos aportados con la demanda con los números 19 y 20 de documentos, que no figuran suscritos por ésta, y de que el cuestionario de fecha 25.09.2003, aportado como documento nº 18 de la demanda, en relación con las características del producto, pimentón en polvo esterilizado, objeto de las relaciones comerciales entre las partes, ha sido valorado correctamente en la sentencia apelada, que constata los extremos relevantes del mismo, en conjunción con los actos posteriores de la demandante, que constituyen sus comunicaciones a la demandada de 25 de marzo de 2005 y 4 de mayo de 2005, además del correo electrónico de 16 de mayo de 2005, que se refiere a la información requerida en cuanto a la presencia de Sudan red I-IV y Para red, indicando la primera -documento nº 6 de la contestación a la demanda- que el certificado de análisis que debía acompañar la demandada, debía incluir información sobre colorantes Sudan red, 1) Resultados Sudán Red I-IV - todos los resultados deben ser < 1 ppm o inferior. 2) Límite detección- debe ser < 1 ppm o inferior, aclarando en cuanto al término "inferior": "sujeto a cambio en base a regulaciones", lo que ha de interpretarse en el sentido que en la fecha de la comunicación debía estarse al <1ppm señalado, aún cuando no era definitivo, sino sujeto a cambio conforme indicaba. En la segunda carta -documento 11 de la contestación a la demanda- se mantienen con respecto a Sudan red I-IV los mismos resultados y el límites de detección, agregando, además de la exigencia de identificación de método de análisis y laboratorio, sin exigir uno en concreto, que, antes del 13 de mayo de 2005, el COA debería contener resultados para el Para red"- todos los envíos a IFF deben ser < 1 ppm o inferiores, aclarando igualmente este término en el mismo sentido de "límites sujetos a cambio en base a regulaciones."

Así mismo en el correo electrónico de 16/5/2005 de la demandante a la demandada -documento nº 16 de la contestación a la demanda-, requiere información en relación con el asunto Para Red, Sudan Red para Paprika Power Special Sweet, refiriéndose expresamente a que el método utilizado es el reconocido ASTA Método analítico 28 (un método HPLC) o equivalente y que el límite de detección debía ser entre 500 ppb y 1 ppm y los resultados debían ser negativos (o por debajo de los límites de detección).

También constituyen actos propios de la demandante que configuran las obligaciones contractuales de las partes, la aceptación por ésta de las entregas de pimentón que le efectuó la demandada con posterioridad a la alerta producida por la detección de Para red, mediante los Lotes C 2190 en virtud de orden de compra de 6 de abril de 2005 y el lote C 2392, en virtud de orden de compra de 22 de abril de 2005, y, posteriormente, la orden de compra de 30 de mayo de 2005, fecha entrega el 30 de mayo de 2005, del mismo producto, indicándose en ésta que el CoA debería incluir los resultados de análisis de Sudan I, Sudan II, Sudan III, Sudan IV y Para red, entre otros, "así como los métodos de análisis utilizados (ver instrucciones indicadas en la carta enviada por IFF USA el 4 de mayo de 2005). -documentos 7 y 12 de la contestación-.

La referidas cartas y entregas posteriores, en todo caso, y conforme a lo expuesto anteriormente, no suponen una modificación por vía contractual de normativa imperativa en materia de higiene de los alimentos, y serán objeto de más amplia consideración atendiendo a las alegaciones que sobre las mismas se efectúan en el recurso de apelación de la parte demandante.

TERCERO

En relación con la alegación de que la contaminación del pimentón rojo en polvo con colorantes ilegales constituye un defecto esencial del producto, al devenir inservible para el consumo humano, sostiene, en síntesis, la parte apelante, que la demandada al entregarle unos lotes de producto contaminado ha incumplido de forma esencial sus obligaciones de acuerdo con lo dispuesto en la

Convención de Viena, que ha infringido el [Real Decreto 2242/84 \(RCL 1984, 2897 y RCL 1985, 849\)](#), el [Reglamento \(CE\) 1935/2004 \(LCEur 2004, 3222 \)](#) y el [Reglamento \(CE\) 852/2004 \(LCEur 2004, 2670 y LCEur 2007, 1353\)](#), relativos a la higiene de Productos alimenticios- refiriéndose también al [Reglamento \(CE\) 178/2002 \(LCEur 2002, 153 \)](#) -, y las disposiciones de higiene de los alimentos recopiladas en el Codex Alimentarius, y que el hecho de que la dilución de la contaminación se considere una práctica fraudulenta, confirmaría que la contaminación a cualquier nivel convierte el producto en inservible para su fin y, por tanto, que el incumplimiento deba ser considerado esencial, interesando que se declare la demandada incumplió en tal forma esencial sus obligaciones contractuales, al suministrarle los cinco lotes litigiosos que no era aptos para su fin, como así lo dispone el Reglamento ([CE \(RCL 1978, 2836 \)](#)) 17872002 que prohíbe la comercialización de alimentos "no seguros" en el sentido de no "ser aptos para el consumo humano" al estar contaminado con Sudan red y para red.

De la revisión de lo actuado en la primera instancia no se desprende la procedencia de la declaración interesada, de existencia de un incumplimiento esencial por parte de la demandada en cuanto a los lotes B 1476/5145, C 1230/5296, C 1444/5379 y C 1680/5480 -además del lote B 3804/4991 respecto del cual se aprecia dicho incumplimiento-, pues el artículo 25 de la Convención de Viena establece que

" El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una

p

persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación"

, debiendo estarse a lo anteriormente razonado en relación con los parámetros aplicables para la resolución de la crisis alimentaria concreta producida, así como a las obligaciones de la demandada resultantes del cuestionario del producto, en conjunción con las posteriores comunicaciones y órdenes de compra y aceptación por la parte actora de entrega de pimentón suministrado por aquella que no ha quedado debidamente probado que conociese y aceptase las cláusulas de los contratos que se aportan como documentos 19 y 20 de la demanda, de forma que no se estima que la mercancía correspondiente a los cuatro lotes citados prive sustancialmente a la demandante de lo que tenía derecho a esperar respecto de lo convenido entre las partes, revelándose la retirada y destrucción de los productos fabricados con pimentón de estos cuatro lotes, como no razonable ni proporcionada para la finalidad perseguida, de que los mismos fuesen seguros para el consumo humano, aceptándose al respecto la motivación contenida en el Fundamento de Derecho Sexto de la sentencia apelada.

Según se ha razonado anteriormente, para determinar las obligaciones asumidas por la demandada en virtud de la aceptación de las ordenes de compra de la demandante, no ha atenderse exclusivamente al Cuestionario de Producto, documento nº 18 de la demanda, que se refiere a características generales de éste, y siendo así que, en todo caso, conforme correctamente aprecia la sentencia apelada, la demandada no añadió intencionadamente ningún ingrediente al pimentón, sino que a tenor de la prueba practicada, en cuanto al lote B-38904 la presencia de Para red vino provocada por la presencia de éste en la cáscara de pimientos que compró en Uzbekistán, y respecto a los restantes lotes litigiosos las trazas de Sudan I y III y Para red al margen de la no coincidencia de los resultados de los análisis efectuado por los Laboratorios Eurofins y TNO, en todo caso, conforme al informe pericial de la Sra. Tatiana Raimunda, no pueden atribuirse a una causa específica, tratándose como señala la sentencia apelada de una contaminación adevendiza, cuyas causas pueden estribar en el uso de lubricantes en las máquinas, en los envases utilizados, en la tinta de impresión de los sacos. Por otra parte, en cuanto a la referencia a producto natural 100% que consta en el cuestionario citado no se completa el Anexo 4, y la identificación en éste de país de origen: España, responde a un criterio interpretativo en relación con una cuestión cuando menos discutida y compleja, y en tal sentido se han admitido en esta alzada como hechos nuevos, el dictado de Resolución del Servicio de Seguridad Alimentaria y Zoonosis de la Consejería de Sanidad de Murcia el día 5 de marzo de 2011 y el Acuerdo de 26 de mayo de 2011 de la Mesa de Coordinación Alimentaria, que concluyen en forma diferente sobre la última transformación del producto en el proceso de elaboración del pimentón, y, por tanto, sobre la posibilidad de indicar en el etiquetado como país de origen España o no, en el pimentón elaborado en España a partir de pimiento desecado procedente de uno o varios países no pertenecientes a la Unión Europea. En todo caso no se produjo la entrega de una cosa diversa o "aliud pro alio".

No ha quedado acreditado que la demandada incumpliese la normativa sobre higiene alimentaria para evitar el riesgo de contaminación de productos alimenticios, no siendo suficiente al respecto el contenido del correo electrónico aportado con la demanda como documento nº 55, de 16 de mayo de 2005, en que la demandada hace referencia a que en caso de que se obtuviesen resultados positivos respecto de los citados cuatro lotes en términos de trazas, la única posibilidad es que hubiese falsos positivos o que se hubiese una contaminación cruzada con el producto de Uzbekistán, y a que estuvieron comprobando las diferentes zonas de la fábrica y encontraron trazas de para red y de sudan red de la pintura del suelo,

pues consta por la prueba testifical Don. Felipe Torcuato que se verificó una auditoria completa de la empresa demandada para discriminar e identificar el foco del problema y se determinó que el origen de la contaminación estribaba en el referido lote de Uzbekistán, la materia prima que venía de ese producto, con un proceso analítico de las existencias que había en la instalación involucradas o no, y de la prueba documental -documento nº 8 aportado con el escrito de la demandada de 29 de enero de 2010- se desprende que el lote de Uzbekistán se utilizó únicamente parcialmente en la elaboración del lote B 3804 y no en los cuatro lotes restantes, y en tal sentido se alega por la parte demandante que en los documentos que aquella aportó sobre la trazabilidad de éstos -documentos 9 a 12 del escrito de 29 de enero de 2010-, no figura que en ellos se empleara el producto del Lote procedente de Uzbekistán, pudiéndose descartar que las trazas de Sudan I, II y para Red de los lotes B-4176, C-1230, C-1444 y C-1680 sean debidas a contaminación por la pintura del suelo o la pintura externa de los molinos, dado que las cantidades determinadas en dicha pintura no justifican la cantidad detectada en los citados lotes conforme al informe pericial de Doña. Tatiana Raimunda .

Finalmente en relación con la dilución como práctica fraudulenta, ha de señalarse que no se está ante una dilución voluntaria, sino ante una dilución objetiva e involuntaria a lo largo del procesado de los alimentos en la cadena alimentaria para la elaboración del producto final.

CUARTO

Seguidamente se argumenta en el recurso de apelación de la parte actora sobre la errónea valoración de la prueba por la sentencia recurrida, afirmando que conforme a la Decisión del Comité Permanente de la Comisión Europea de 10 de mayo de 2005 , correctamente interpretada en su contenido, la demandante debía retirar del mercado el producto contaminado con los colorantes ilegales Sudan Red y Para Red, concluyendo que a fecha 12 de mayo de 2005, que fue cuando decidieron retirar del mercado el producto contaminado con colorantes ilegales que la demandada le había suministrado, las indicaciones del Comité Permanente de la Comisión Europea eran -conforme a los documentos 71 y 77 de la demanda- que dicho producto, al haber sido analizado con HPLC- MS/MS y haberse detectado la presencia de colorantes ilegales, debía retirarse del mercado, y no fue hasta el 23 de junio de 2006 cuando el Comité Permanente modificó su criterio e indicó, por primera vez, que para el método HPLC-MS/ MS debía aplicarse también el límite de detección (LOD) de 0,5 ppm, inicialmente previsto sólo para el método HPLC, de acuerdo con el esquema que efectúa.

Las referidas conclusiones no pueden ser acogidas, ya que no se compaginan con el resultado de la prueba practicada, de la que en ningún caso se desprende que el límite de detección (LOD) de 0,5-1 mg/Kg era aplicable únicamente en aquellos casos en los que el análisis para detectar la presencia de colorantes se hacía utilizando el método analítico HPLC, y no cuando se emplease un método analítico distinto, como el HPLC MS/MS, que utilizó la demandante al analizar los lotes litigiosos, y, por tanto, que, en definitiva, existiesen distintos límites de actuación, y estuviese justificada la retirada del producto con una detección inferior resultante de otro método analítico, pues ha de estarse al contenido del acuerdo del Comité Permanente de la Comisión Europea de 10 de mayo de 2005 -documento 71 de la demanda- y a la Comunicación de la Food Standards Agency de 19 de mayo de 2005.-documento 78 de la demanda-, a la prueba testifical Don. Felipe Torcuato , y a la falta de eficacia de la Comunicación del Comité Permanente de la Comisión Europea de 12 de mayo de 2005 -documento 77 de la demanda-, conforme a lo razonado en el Fundamento de Derecho Segundo de esta resolución, de forma que ha de entenderse que la no exclusión de la utilización de otros métodos analíticos, como el HPLC MS/MS, no significa que debiesen retirarse los productos cuando por este método se detectasen colorantes ilegales por debajo del límite fijado, siendo el método HPLC, conforme indicó el testigo Don. Felipe Torcuato , la única técnica que tenía más consenso en aquel momento, y que fue el método válido que se aceptó y asumió, y el aconsejado en el Comunicado de la Food Standars Agency de 19 de mayo de 2005, previamente a referirse a que se habían "

planteado preocupaciones también sobre el hecho de que los métodos

[LC \(RCL 1988, 1642 \)](#)

MS pueden producir resultados positivos falsos a niveles bajos..."

, por lo que lo acordado en la reunión del Comité Permanente de 28 de junio de 2006 -documento 80 de la demanda- no supuso ningún cambio respecto al criterio de que debía de atenderse al límite de actuación fijado independientemente del método de análisis utilizado.

Ha de señalarse por último, por una parte, que el término "también" que se utiliza en el acuerdo del Comité Permanente de la Comisión Europea de 10 de Mayo de 2005, al expresar que "

Por el momento todos los ingredientes alimenticios o alimentos preparados a partir de especias que contengan colorante(s) ilegales por encima del LOD relevante utilizando el método HPLC deberán ser retirados del mercado. Todos los alimentos analizados que contengan el colorante(s) ilegal por encima

del LOD relevante deberán también ser retirados del mercado

", carece de la trascendencia que le atribuye la parte apelante, al sostener que venía a significar que en caso de que se utilizasen otros métodos de análisis distintos al HPLC, como el HPLC MS/MS, para detectar colorantes ilegales en alimentos, "también" deberían retirarse del mercado aquellos productos que estuviesen por encima del límite de detección (LOD) de éstos métodos analíticos distintos al HPLC, pues, atendiendo a la expresada literalidad, y a lo anteriormente expuesto, ha de entenderse que no se refiere a métodos analíticos, sino a la retirada de los alimentos distinguiendo los preparados a partir de especias que contengan colorante por encima del límite y los alimentos que contengan el colorante rebasando el límite fijado. En tal sentido la comunicación de la Food Standars Egency de 19 de mayo de 2005 señala que

"Cualquier alimento o ingrediente alimenticio que contuviese los colorantes mediante este método debería ser retirado de la venta."

QUINTO

Se refiere a continuación la parte apelante a la existencia de error en la valoración de la prueba invocando que incluso considerando que el límite de detección de 0,5-1 mg/kg (PPM) hubiese sido de aplicación al presente caso, no habría tenido relevancia porque la demandante y la demandada alcanzaron por vía contractual un acuerdo más restrictivo sobre la presencia de colorantes en el pimentón que debía suministrar ésta, -garantía de "libre de"-, no estaba obligada a aceptar dicho producto si contenía, como es el caso, Para red y Sudan red.

No se aprecia el error invocado, ya que para estimar el cumplimiento de las obligaciones contractuales de la demandada en cuanto a las características del pimentón que había vendido a la demandante, conforme se motiva en los Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero de esta resolución, se ha de poner en relación el cuestionario del producto aportado como documento nº 18 de la demanda, con los actos posteriores de la demandante, en concreto, con el contenido de las cartas que dirigió a sus proveedores los días de 25 de marzo de 2005 y 4 de mayo de 2005, además del correo electrónico de 16 de mayo de 2005, que se refiere a la información específica requerida en cuanto a la presencia de Sudan red I-IV y Para red en el pimentón, que ha de prevalecer sobre la referencia "libre de" -"free of"- que consta en las mismas, y que la demandante interpreta como inferior a la cantidad mas baja que sea posible detectar por una técnica disponible en el mercado, debiendo estarse a lo anteriormente razonado en cuanto a los métodos y límites de detección, además de a las posteriores orden de compra y aceptaciones del producto suministrado por demandada, actos que contradicen el fundamento de las pretensiones que deduce en la demanda, poniéndose de manifiesto en todo caso, y al margen de los resultados no coincidentes de los análisis realizados por los laboratorios Eurifins y TNO, que los lotes B 4176/5145, C1230/5296, C 1445/5397 y C 1680/5480 presentaban unas trazas muy inferiores al límite 0,5 ppm, por lo que su retirada no venía justificada por el incumplimiento de la demandada (artículos 25 y 35. 2 a) de la Convención de Viena), y no fue proporcionada ni razonable.

No procede utilizar como criterio interpretativo del cuestionario del producto los contratos aportados por las demandantes de fecha 8 de marzo de 2004 y 29 de marzo de 2005, como documentos nº 19 y 20 de la demandada, que el representante legal de la demandada negó conocer y aceptar, y que según se desprende de las alegaciones del escrito de apelación, aquellas nunca tuvieron firmados en su poder, y cuyo conocimiento y aceptación por la demandada no resultan debidamente acreditados, pues es insuficiente al respecto que en los documentos 23, 27, 37 y 42 de la demanda y 1, 3, 4, y 5 de la contestación se mencione 4600009769, que se alega corresponde al primero, y en los documentos 24 de la demanda, y 7 y 12 de la contestación 4600012448, y en el documento 25 de la demanda "Contrato 29/MA", que se alega corresponden al segundo, pues, además de que en los contratos no se advierte dicha numeración, tales menciones en los citados documentos por si mismas no constituyen un hecho básico del que se infiera conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia, la aceptación y eficacia de las cláusulas sobre adaptación y responsabilidad por productos defectuosos y sobre indemnización derivada de responsabilidad por lesiones y daños materiales que invoca la parte demandante.

Por último se ha de significar que el documento aportado con el escrito de interposición del recurso de apelación con el nº 104 fue inadmitido por auto dictado día 9 de diciembre de 2011, confirmado por el dictado el día 27 de enero último.

SEXTO

En cuanto a la valoración de la prueba e indebida aplicación de la doctrina de los actos propios que invoca la parte demandante, formula alegaciones en el sentido de que nunca ha aceptado recibir, ni ha tenido por conformes los lotes de pimentón contaminados con Para Red y/o Sudan Red entre 0,5 y 1 ppm, concluyendo que las cartas de 25 de marzo y de 4 de mayo de 2005 -documentos nº 6 y 11 de la

contestación-, enviadas por la misma a sus proveedores no pueden servir para acreditar una conducta contradictoria con la que previamente había observado, ni pueden ser consideradas como actos inequívocos y concluyentes que, de forma clara e indubitada y sin ningún género de dudas, acrediten que aceptó como conforme el pimentón rojo suministrado por la demandada que estaba contaminado con Sudan red y Para red en cantidades inferiores a 1 ppm, y que la realización de los pedidos de los lotes C 1290 y C 2392 así como su correspondiente entrega a la misma tampoco constituyen hechos que permitan deducir, en aplicación de la doctrina de los actos propios, que aceptó como conforme el pimentón rojo que le suministró la demandada que estaba contaminado con Sudan red y Para red en cantidades inferiores a 1ppm.

La consideración de que tanto de las cartas citadas, como la aceptación de las entregas del producto en virtud de los pedidos C 1290 y C 2392, posteriores a que se hubiese producido la crisis alimentaria por la contaminación de Para red, vienen a exteriorizar el consentimiento de las actoras a la presencia de escasas trazas de Sudan red y Para red en el pimentón que les suministró la demandada y, de que, consecuentemente, son actos definidores de los parámetros que debían regir sus relaciones contractuales, y consiguiente inexistencia de incumplimiento contractual en los lotes litigiosos -salvo en el B-3804-, no se desvirtúa por las alegaciones de la parte demandante, debiendo tenerse en cuenta, en cuanto a aquellas, que aunque la carta de 25 de marzo 2005, se enmarque en las crisis del chile, curry en polvo, la cúrcuma y el aceite de palma con Sudan red I-IV, en definitiva, se dirige a la demandada como proveedora de una especia y viene a establecer la exigencia de una información para los colorantes Sudan Red en el certificado de análisis que debía acompañar a cada entrega, con indicación de un resultado y límite de detección -debe ser <1 ppm o inferior- en los términos indicados en el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia apelada- añadiendo que "

Junto a nuestros clientes, IFF requiere la garantía por parte de los proveedores sobre los ingredientes que usamos, que sean seguros y conformes a las regulaciones alimenticias aplicables. IFF espera que los proveedores cumplan con los requisitos anteriores para prevenir el rechazo de productos

", lo que pone de manifiesto, que aunque no se hubiese producido la crisis del Para red en Europa, extendía el control de Sudan red, conforme a los citados resultado y límite de detección a los ingredientes que les suministraba la demandada, además es significativo- aunque no consta firmado por la demandada, según lo anteriormente expuesto-, que en el Anexo A del contrato que se aporta con la demanda de fecha 29 de marzo de 2005 se hace referencia a carta de marzo de 2005. Al respecto, así como en relación con las Decisiones 2003/460/CE, de la Comisión, de 20 de junio de 2003, 2004/92/ [\(RCL 1978, 2836 \)](#) , de la Comisión, de 21 de enero de 2004, sobre medidas de emergencia relativas al [CE](#) chile y sus productos derivados, y de 23 de mayo de 2005 2005/402/ CE, sobre medidas de emergencia relativas al chile y sus productos derivados, la cúrcuma y el aceite de palma, y en cuanto a las técnicas y resultados analíticos que se deducen de la referida carta, ha de estarse a lo razonado en el Fundamento de Derecho Segundo de esta resolución.

En lo relativo a la carta de de 4 de mayo de 2005 ha de añadirse, que cuando se envió ya se había producido la alerta alimentaria por la presencia del Para red en el pimentón que había entregado la demandada a la demandante, por lo que concretamente se refiere a los resultados para éste, indicando que antes del 13 de mayo de 2005, el COA debería especificarlo, en los términos que se expresan el Fundamento de Derecho anteriormente citado.

Finalmente, en relación con los lotes posteriores, ha de mantenerse el alcance de acto propio de la parte actora que aprecia la sentencia apelada, en cuando ponen de manifiesto que admitió la entrega de lotes de pimientón que le suministró la demandada conteniendo Sudan red y Para red, en trazas por debajo del límite señalado en las cartas citadas, cuando ya se había declarado la alerta alimentaria por la presencia de Para red y se había reunido el Comité Permanente de la Comisión Europea el día 10 de mayo de 2005 adoptando el acuerdo recogido en el Fundamento de Derecho Segundo de esta resolución.

Efectivamente consta por la prueba documental que el lote C2190 responde a una orden de compra de 6 de abril de 2005, y que el lote C2392 responde a una orden de pedido de 22 de abril de 2005, habiendo admitido la parte demandante en su recurso de apelación que se entregaron los días 17 de mayo y 19 de mayo de 2005, respectivamente (folio 946) análisis realizados por el laboratorio Ceinal que arrojan el "mismo" resultado de expresa la sentencia apelada respecto del segundo. El análisis realizado por el laboratorio TNO del primero detectó la presencia de 0,015 ppm de Sudan IV y el del laboratorio Eurofins de fecha 7 de junio de 2005 respecto del segundo dio un resultado de 0.062 pp, de para red.

Se ha de señalar igualmente que ambas entregas son posteriores al resultado del análisis de los cinco lotes litigiosos realizado por Eurifins -el 28 de abril de 2005, -documento 54 de la demanda-, y de la confirmación por la demandada a la demandante de que el lote B-3804 estaba contaminado por Para red -documento 13 de la contestación, correo electrónico de 6 de mayo de 2005 por el que la demandada

remite a demandante COA relativo al lote B-3804-, además la entrega del lote C 2392 es posterior al resultado del análisis de los mismos lotes efectuado por TNO el 17 de mayo de 2005 -documento 57 a 60 de la demanda. Todo ello sin que conste protesta o disconformidad de la demandante, cuyo documento nº 105 de fecha posterior al acto de juicio no fue admitido por auto dictado día 9 de diciembre de 2011 confirmado por el dictado el día 27 de enero último, en cuyas circunstancias la falta de reclamación o protesta no se justifica por el contenido de los documentos 48, 50 y 51 de la demanda, relativos a la comunicación por la demandada a la demandante de que el único lote que podía estar afectado por el material procedente de Uzbekistán conforme a su sistema de trazabilidad era el lote B-3804.

SEPTIMO

Llegados a este punto y, según se indicó inicialmente, el examen sistemático de las cuestiones suscitadas en esta alzada requiere considerar seguidamente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en cuanto viene a reiterar la concurrencia de caso fortuito en su actuación con respecto al Lote B-3804/4991 que suministró a la demandante, pues, de estimarse procedente el caso fortuito, se excluiría la responsabilidad de la demandada, deviniendo innecesaria la consideración de la controversia que se suscita en esta alzada en relación con los daños y perjuicios causados a la demandante.

Al respecto, parte acertadamente la sentencia apelada de que del incumplimiento esencial deriva un sistema de responsabilidad contractual que gira en torno a un criterio de imputación de tipo objetivo, pero atenuado por excepciones (artículos 25, 36 y 79 de la Convención de Viena) que se identifican con lo que en nuestro ordenamiento jurídico nacional conforman los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor y por un parámetro de razonabilidad (artículo 25, in fine), y no aprecia que el suceso considerado fuese imprevisible e inevitable o irresistible, y que escapase del ámbito de control de la demandada, aludiendo a que la Ley de Productos defectuosos de 1994 (integrada desde el año 2007 en el Texto Refundido de la Ley de Protección de Consumidores y Usuarios), que excluye expresamente la posibilidad de que el fabricante o importador de productos alimenticios pueda exonerarse de responsabilidad, aun cuando el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento de puesta en circulación del producto no permitiera apreciar la existencia del defecto, Ley que en todo caso no aplica, sino a la que alude más propiamente como criterio de referencia en cuanto al acto nivel de diligencia exigible en los productos destinados al consumo humano.

La parte demandada en su recurso de apelación alega, en síntesis, que cabe el caso fortuito por la imprevisibilidad del Para red, que era un hecho extraño, extraordinario e insólito en el sector de las especias y en el alimentario en general, que no resultaba previsible tampoco en el momento de la contratación; la absoluta diligencia con que actuó al tomar todas las medidas de precaución para el control de contaminación Sudan I-IV, que eran los colorantes detectados, aplicando incluso los parámetros de control de las Decisiones de la Comisión de 2003 y 2004 a un producto el pimiento y un origen Uzbekistán no previsto en las mismas, que adquirió la mercancía en cáscara y procedió a su inspección visual. La presencia es advenediza, exógena al proceso de producción de la demandada. La diligencia en el proceso de fabricación la ha acreditado la Consejería de Sanidad de Murcia. El hecho es ajeno a demandada y a su ámbito interno; la carga de superar el impedimento es extraordinaria e insoportable hasta llegar al extremo de convertirse en una obligación de imposible cumplimiento si debe alcanzar al control de miles de azocolorantes, otros tantos colorantes de otras familias así como de cualquier sustancia que lleve pigmento rojo. Una imposibilidad no tan solo económica, y en tiempo, sino en términos de seguridad jurídica, argumentando sobre todo ello.

Establece el artículo 79.1 de la Convención de Viena que "

Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que evitase o superase sus consecuencias"

, tal supuesto no concurre en el incumplimiento contractual que se aprecia de la demandada conforme a la motivación de la sentencia apelada.

Ha de subrayarse inicialmente que en cuanto al Lote B-3804/4991 en que se aprecia el incumplimiento esencial de la parte demandada, no se trata de una contaminación advenediza del pimiento suministrado con Para red, ni de la utilización de éste de manera intencionada y fraudulenta, sino que procede de los pimientos de Uzbekistán que había adquirido la demandada, con parte de los cuales elaboró del Lote citado.

Desde el expresado presupuesto, como señala la sentencia apelada, la aparición de colorantes contaminantes no era algo extraño en el sector alimentario de las especias, en que se sitúa la actividad empresarial de la demandada, y en tal sentido se había producido numerosas alertas desde el año 2002

por la presencia de estas sustancias, admitidas en otros ámbitos industriales, pero prohibidas para el consumo humano, en partidas de especias adquiridas en distintos países y comercializadas en la Unión Europea, conforme al documento nº 9 de la contestación a la demanda, refiriéndose en concreto el informe realizado por el Servicio de Seguridad Alimentaria y Zoonosis dependiente de la Consejería de Sanidad de Murcia al descubrimiento en el año 2003 del colorante rojo Sudán I en los productos derivados del chile picante originario de la India -documento nº 24 de la contestación a la demanda- y, aún cuando la contaminación con Para Red, como manifestó expresamente el testigo Sr. Felipe Torcuato, en conjunción con el citado documento, era desconocida en el sector de las especias, ello no supone necesariamente la imprevisibilidad requerida, en un empresa especializada en un sector en que ha de primar la seguridad para la debida protección de la salud de los consumidores, y en el que la investigación para la evaluación del riesgo del producto que se suministra se revela como esencial, y a ella ha de extenderse la diligencia exigible, por lo que no puede enlazarse necesariamente la imprevisibilidad con la inexistencia de una alerta previa o con el hecho de que la presencia de aquellos colorantes sintéticos no se hubiese revelado con anterioridad en el sector, de forma que el hecho de que con anterioridad no se hubiese producido una alerta por Para red en especias, ni una actuación respecto del mismo por los responsables del control de riesgos y policía sanitaria, no justifica el que no pudiera preverse su presencia en éstas, pues precisamente la alerta supone un previo análisis y detección del colorante prohibido y, por tanto, una investigación en el producto que permitiese avanzar en seguridad alimentaria mediante la exclusión de contaminantes perjudiciales para la salud, ante la evolución de los riesgos y de la técnica y la exigencia de máxima protección para la salud en dicho sector, análisis y detección que, además, conforme a la prueba practicada, se efectuaron en pimentón suministrado por la parte demandada, a instancia de otra empresa del sector alimentario, cuya actuación correctamente se considera por la sentencia apelada como patrón de referencia respecto de la exigible a aquella, sin que ante dicha realidad, pueda prevalecer el aspecto de azar o casualidad invocado por la parte demandada, que en todo caso no procede considerar acreditado por el interrogatorio del representante legal de la demandada (artículo 316 de la L.E.Civil), tratándose de un suceso acaecido en el círculo de actividades y esfera negocial de la demandada y de un colorante de estructura similar al Sudán I y Sudán III.

En tal sentido de la prueba pericial de los profesores Sr. Jon Armando y Doña. Tatiana Raimunda se desprende que el Para red es un colorante químicamente muy similar al Sudán I y fue el primer azocolorante descubierto en 1880 y que ambos y el Sudán III se pueden agrupar dentro del grupo de azocolorantes compuestos, aludiéndose en el acuerdo del Comité Permanente de la Cadena Alimentaria y de la Sanidad Animal de la Comunidad Europea de 10 de mayo de 2005 al Para red y otros colorantes similares, y en el comunicado de la Food Standards Agency de 19 de mayo de 2005 a Sudán I y colorantes relacionados, por lo que tal exigencia a la demandada, no supone que debiese llevar a efecto un análisis desproporcionado de miles de azocolorantes- además de la imposibilidad de listar todos los azocolorantes que pueden existir-, e insoportable y no factible, de imposible cumplimiento por sus implicaciones técnicas y económicas, pues se trata de una sustancia similar y relacionada con las anteriormente detectadas y existía como método técnico de detección mayoritariamente aplicado el HPLC, que atendiendo al resultado arrojado por los análisis efectuados, hubiese posibilitado detectar la presencia del citado azocolorante.

Concurre además la circunstancia especialmente relevante, de la utilización en la fabricación del lote de pimentón entregado a la demandada, de parte de un lote de pimientos en cáscara que la demandada había adquirido en Uzbekistán, siendo la primera vez que compraba en aquél país, según reconoció su representante legal en el interrogatorio que le fue formulado, que también dijo que lo compraron en cáscara para mayor seguridad, lo que pone de manifiesto la desconfianza ante una materia prima que no se conocía con anterioridad, y la ausencia de cautela suficiente, ya que aún cuando conforme al análisis del control de entrada de materia prima de fecha 12/11/2004 -documento nº 29 de la contestación a la demanda-, no se detectó colorante Sudán red, el análisis de la materia prima adquirida en Uzbekistán a Balkan Export- Import, S.L- Lote CS 283 B- de los laboratorios Eurofins de fecha 7 de abril de 2004 -método [LC \(RCL 1988, 1642 \)](#) MS/MS-, arrojó un resultado de 20 mg/kg, según el documento nº 13 aportado por la demandada con su escrito de 29 de enero de 2010, cantidad muy superior al límite aceptado, que aunque no pueda trasladarse íntegramente al utilizado para la elaboración del pimentón servido a la demandante en el lote B-3804, atendiendo a la falta de homogeneidad de aquél que resulta de la prueba testifical de D. Roman Remigio, y de la pericial de Doña. Tatiana Raimunda, en todo caso revela un índice que hubiese permitido su detección previa a su utilización con el método de análisis HPLC. Posteriormente ya en el lote suministrado a la demandada, conforme se ha indicado anteriormente, se determinó un resultado de 5.2 mg/kg y de 4,50 mg/kg a instancia, respectivamente, de la demandante y de la demandada -Documentos 54 de la demanda y 13 de la contestación-.

OCTAVO

Con respecto a la cuantificación de la responsabilidad que corresponda a la demandada en virtud del

lote B- 3804/4991 las posiciones de las partes son contrapuestas, pues mientras la demandada en su recurso de apelación sostiene que no cabe indemnización alguna porque los productos no dan trazas superiores a 0,5-1 ppm, así como la atenuación de la responsabilidad respecto de las cifras de la cuantificación que realiza la sentencia apelada, y se refiere a las cuantificaciones por conceptos para el caso de que se estime razonable la actuación de la parte demandante respecto de citado Lote, argumentando sobre todo ello. La parte actora, interesa indemnización por los cinco lotes litigiosos con base en un incumplimiento esencial de las condiciones contractuales acordadas por las partes en todos ellos, además del incremento al total solicitado por las partidas que fija la sentencia apelada por los conceptos de coste de destrucción del producto contaminado, honorarios profesionales, existencias de producto terminado y existencias de envases, e inclusión de las partidas excluidas en la cuantía pretendida en la demanda.

Las cuestiones que se suscitan mediante ambos recursos de apelación serán analizadas conjunta y sistemáticamente, comenzando por destacar, por una parte, que al no apreciarse incumplimiento esencial en los Lotes B 4176/5145, C 1230/5296, C 1445/5397 y C 1680/5480, ni la procedencia de la retirada y destrucción de los productos elaborados con éstos, no procede indemnización alguna por los mismos; y, por otra, que constituye presupuesto para resolver sobre las cuantías y conceptos controvertidos, que en el pimentón que integraba el lote B-3804/4991 existía una presencia de Para red muy superior al límite establecido por el Comité Permanente de la Comisión Europea, y al que resulta de las cartas de la demandante a la demandada de 25 de marzo y 4 de mayo de 2005, y del correo electrónico de 16 de mayo de 2005, anteriormente considerados, por lo que no se ajustaba a los criterios expresados en éstos para el producto que debía suministrar la demandada, de forma que, al margen de las diferentes opiniones técnicas emitidas por los peritos propuestos por una y otra parte y que resultan de la prueba documental, sobre la nocividad para la salud de los colorantes Sudan y Para red, y si pueden o no ser cancerígenos, dichos criterios establecían razonablemente en las relaciones contractuales la aptitud del producto para el uso a que ordinariamente se destinaba (artículo 35 2 a) de la Convención de Viena), y, lógicamente, no se referían al producto final que fabricase la demandante. El pimentón objeto de la compraventa no debía superar los límites fijados, y en caso contrario se produciría el incumplimiento de la obligación de entrega por la parte demandada vendedora, que ha sido apreciado respecto al lote citado.

A partir de los citados presupuestos, y aunque la alegación de la parte demandante en el sentido de que actuó conforme al criterio marcado por el Comité Permanente de la Cadena Alimentaria y de la Sanidad Animal de la Comunidad Europea de 10 de mayo de 2005, al retirar del mercado el producto contaminado con para red y sudan red, no puede acogerse, debiendo estarse a lo razonado en el Fundamento de Derecho Segundo de esta resolución, en relación con el alcance y contenido de los documentos 71 y 77 de la demanda, tampoco procede aceptar las alegaciones de la parte demandada relativas a que al retirar y destruir sus productos, y, en definitiva, no considerarlos comercializables, la parte demandante actuó contra sus propios actos.

Además, ni el hecho de que las demandantes no se ajustasen estrictamente al criterio establecido por el Comité Permanente de la Comisión Europea en la gestión de la crisis, ni el principio de precaución, utilizado esencialmente por los responsables políticos para la gestión del riesgo, conforme señala la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 2/02/00, que expresa la posición de ésta en lo que se refiere al recurso a dicho principio, aportada como documento 37 de la demanda -el [Reglamento 178/2002 \(LCEur 2002, 153 \) \(CE \(RCL 1978, 2836 \)](#)) de 28 de enero, establece el principio de cautela como principio general de la legislación alimentaria en su Capítulo II, Sección 1ª, artículo 7 , documento 97 de la demanda-, privan de razonabilidad y proporcionalidad a dicha decisión en el ámbito de sus relaciones contractuales con la demandada, al presentar el pimentón suministrado un nivel de Para red muy superior al que se aceptaba, y como medida de cautela para evitar riesgos a la salud por el consumo de los productos que había fabricado con éste, en los que se había producido una dilución del contaminante, con la consiguiente desconfianza y falta de certeza sobre su nocividad, en un sector en que ha de prevalecer la exigencia de seguridad en la aptitud para el consumo humano, por lo que no cabe excluir que las consecuencias económicas de la referida medida afecten a la demandada.

Establecido lo anterior, la parte demandada invoca la atenuación de la responsabilidad, sosteniendo que la cuantificación de ésta que efectúa la sentencia apelada no resulta conforme a las tres circunstancias que deben marcar su importe, consistentes en la aplicación del criterio de razonabilidad para valorar la atenuación de la responsabilidad, porque el resultado no fuera previsible para la demandada y/o valorar si la actuación de la demandante fue encaminada a minimizar el daño, en la falta de examen del pimentón por ésta, y en la acreditación del importe de los daños, formulando alegaciones al respecto, e invocando los artículos 25 , 38 , 39 y 77 del Convenio de Viena ,

No procede acoger las razones de imprevisibilidad y razonabilidad que se alegan con respecto a la

demandada como circunstancia de atenuación de la responsabilidad, al amparo del artículo 25 del Convenio de Viena , atendiendo a la motivación del anterior Fundamento de Derecho.

En cuanto a la adopción de la medida de revisión de la mercancía cuando la recibe la demandante, a los efectos del artículo 77 de la Convención de Viena, configurada como un deber de examen ex artículo 38, y no manifestación por las demandantes de su disconformidad con las mercancías conforme al artículo 39 de ésta, el artículo 77 de la citada Convención establece que "

La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida"

y sus artículos 38.1 y 39 disponen, respectivamente, que "1.

El comprador deberá examinar o hacer examinar las mercaderías en el plazo más breve posible atendidas las circunstancias

" y que

"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. 2. En todo caso, el comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor en un plazo máximo de dos años contados desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador, a menos que ese plazo sea incompatible con un periodo de garantía contractual."

Al respecto consta por la prueba documental practicada que el Lote B 3804/4991, entregado a la demandante en noviembre de 2004, fue analizado a instancia de ésta por los laboratorios Eurofins, que emitió informe el 27 de abril de 2005 determinando la presencia de para red de 5,2 mg/kg -documento 54 de la demanda-, y que la demandada mediante correo electrónico de 28 de abril de 2005, le comunicó un resultado positivo de presencia de para red y la necesidad de corroborarlo mediante el envío de una muestra ese mismo día al laboratorio acreditado que señalaba -documento 52 de la demanda-. Y por correo electrónico de 6 de mayo de 2005 le remitió COA relativo a dicho lote -documento 13 de la contestación-. Posteriormente por carta de 25 de mayo de 2005, la actora confirmó a la demandada su reclamación por falta de cumplimiento con las obligaciones legales y reglamentarias relativas al suministro de pimentón en polvo con arreglo al acuerdo(s) que existía entre ambas, en relación con los lotes litigiosos, refiriéndose a una previa comunicación telefónica de 22 de abril de 2005- documento 81 de la demandada-, y la demandada mediante carta de 17 de junio de 2005 le indicó que de momento no podía ofrecerle más detalles sobre el lote B 3804 debido a que estaba pendiente de análisis por el organismo competente y la mantendría puntualmente informada, y que los restantes lotes litigiosos estaban libres de cualquier riesgo o responsabilidad documento 82 de la demanda-.

Atendiendo a las referidas comunicaciones y en las circunstancias concurrentes, de tratarse de un defecto no aparente del pimentón que había suministrado la demandada, sin mención de que en parte procedía del Lote que había adquirido en Uzbekistán -documento 28 de la demanda-, y sin que se hubiese producido ningún incidente con la mercancía anteriormente le había suministrado, no se aprecia la infracción de los plazos que se contemplan en los citados artículos atendiendo, ni la inhabilitación de la demandante para formular reclamación de indemnización.

NOVENO

Subsidiariamente alega la demandada que las cantidades que fija la sentencia apelada no resultan correctas, argumentando sobre cada una de ellas, mientras que la parte actora pretende un incremento y la inclusión de las restantes pretendidas en la demanda.

Excluida la procedencia de extender la responsabilidad de la demandada a todos los lotes litigiosos, que se reduce al lote B- 3804, han de ser analizadas separadamente las partidas cuestionadas, así en relación con las e **xistencias de producto terminado** , esto es, conforme a la demanda, aquellos productos terminados y aquellos que había sido devueltos por clientes de la actora que se encontraban almacenados en sus propias instalaciones y, que no pudieron ser vendidos por su contaminación, ha de confirmarse la cantidad que fija la sentencia apelada de 50.334.60 euros, pues se trata de un concepto indemnizables por la pérdida del valor económico que representa, y responde a una apreciación de la prueba pericial que se ajusta a lo dispuesto en el artículo 348 de la L.E.Civil , teniendo en cuenta las base en que se fundamenta, y que no existe dato alguno que ni siquiera sugiera la posibilidad de que el manual de imputación de costes que utilizó el Sr. Benjamin Doroteo no fuese correcto, estimándose suficiente el muestreo estadístico realizado.

Han de confirmarse igualmente la cantidad que fija la sentencia apelada, de 3.911,36 euros por **coste de destrucción de producto contaminado**, pues, conforme a lo anteriormente expuesto, no procede acoger las alegaciones de la demandada en el sentido de que nunca debió procederse a tal destrucción, así como la suma de 74.133,30 euros por **honorarios profesionales**, gasto necesario para la gestión del aspecto financiero de la crisis, que llevó a efecto la empresa Marsh, correctamente valorado conforme a las pruebas documental, testifical del Sr. Paulino Alexander y pericial del Sr. Benjamin Doroteo en los términos que se expresan en el Fundamento de Derecho Séptimo de la sentencia apelada, especificándose en la certificación de la citada empresa -documento 94 de la demanda- las actividades concretas que desarrolló.

De conformidad con lo anteriormente razonado sobre la existencia de incumplimiento esencial de la demandante únicamente por la entrega del pimentón que integraba el Lote B-3804, no procede aumentar la cuantía correspondiente a éstos conceptos por su extensión a los restantes lotes litigiosos, ni con relación al de **existencia de envases**, respecto del cual ha de confirmarse la sentencia apelada, que lo fija en 2.375,04 euros, por sus propia motivación.

Con respecto al **coste de almacenaje del producto** se excluye en la primera instancia en virtud de una correcta valoración de la prueba documental y pericial practicadas, ya que como señala el Fundamento de Derecho Séptimo de la sentencia apelada, al margen de la no aportación de las facturas, el perito no hace constar haber examinado ninguna factura ni ningún apunte contable, y existe una discordancia entre las cuantías resultantes de una y otra prueba, sin que del informe pericial se desprendan las bases concretas de las que resulta la cuantía que fija, ni, consiguientemente, de la reducción de la cantidad resultante de la prueba documental, debiendo tenerse en cuenta la manifestación del perito Sr. Benjamin Doroteo en el acto de juicio, con referencia al concepto de gastos de prueba del resto del mundo, en el sentido de que verificar si los pagos -de los análisis- estaban hechos no era objeto de la pericia, por lo que cuando menos existe duda al respecto, que determina la procedencia de su desestimación (artículo 217.1 de la L.E.Civil).

En cuanto al concepto **de contenedores y palets**, por la necesidad de incrementar la compra de éstos para depositar los productos contaminados, del que la parte demandante solicita su incremento, partiendo de un gasto adicional de 2.315,53 euros, igualmente ha de confirmarse la sentencia apelada que fija la cuantía de 440.70 euros, partiendo de un total de 2.203,52 euros, por la consideración de que ha de atenderse a los kilogramos almacenados y, por tanto, precisados de depósito, lo que no se estima contradictorio con la manifestación del testigo Sr. Valeriano Camilo, en el sentido de que los palets que se utilizaron eran de un solo uso, al no desprenderse necesariamente de ello, ni haber quedado acreditado ningún otro dato que justifique el criterio de atender a kilogramos destruidos.

En relación con el coste derivado de **la contratación de transporte adicional** reclamado por importe de 64.370,75 euros, que se excluye en la primera instancia, igualmente se acepta la motivación de la sentencia apelada, pues fundamentándose la reclamación en la necesidad de suspender temporalmente la elaboración y distribución de sus productos por la demandante hasta no tener certeza de que productos podían comercializarse y cuales no, y que posteriormente tuvo que contratar servicios de transportes adicionales urgentes para afrontar el retraso en la entrega de pedidos a sus clientes, el gasto adicional vendría constituido por el incremento derivado del carácter urgente del transporte, lo que no se desvirtúa por las alegaciones de la parte apelante, que más propiamente suponen invocar un fundamento diferente de la reclamación, ni por las manifestaciones en el acto de juicio del perito Sr. Benjamin Doroteo, que vino a remitirse a la certificación -Anexo XI- y a su imputación contable.

Con respecto **a la diferencia de precio de la compra** que se excluye en la primera instancia, se basa la demandante en que tuvo que buscar un proveedor alternativo de pimentón rojo en polvo -la entidad Juan José Albarracín S.A.- para poder elaborar sus productos y vendérselos a sus clientes, y que el precio al que dicho proveedor vendía el pimentón era más elevado que el precio de compra por kilogramos que la demandante tenía pactado con la demandada, por lo que tuvo que afrontar un coste adicional cuantificado en 10.208,75 euros, partiendo del precio de compra de la última factura a la demandada (2,02 €/kg), y es lo cierto que conforme señala la sentencia apelada, no se está ante un supuesto de resolución contractual -artículo 75 Convención de Viena-, y no cabe considerar dicho incremento de precio consecuencia necesaria de la contaminación con Para red del lote B- 3804/4991, debiendo significarse que, conforme admite la parte demandante y corrobora la prueba documental, con posterioridad formuló un pedido a la demandada el día 30 de mayo de 2005 sin que alegue incidencia alguna en éste -además de los días 6 de abril y 22 de abril de 2005, con respecto a los que no consta reclamación, según expuso anteriormente-, sin que, por otra parte, se haya acreditado la identidad de condiciones en las ventas de ambos proveedores y que realmente la única diferencia se encuentra en el precio.

En relación con la indemnización que se reclama en la demanda por **la crisis en la gestión del trabajo** o el coste que supuso para la demandante que empleados suyos -más de catorce- tuvieran que dejar de realizar su trabajo ordinario para dedicarse durante aproximadamente 20.080 horas a gestionar la crisis de Para red y Sudan red, cuyo coste alega asciende a 250.000 euros, igualmente procede la confirmación de la sentencia apelada, que fija la suma de 3000 euros, aceptando su motivación, pues si bien el curso normal de las cosas era necesaria la realización de trabajos de gestión de la crisis producida por la contaminación del Lote B-3804/4991, y nada contradice que se llevase a efecto por el propio personal de la demandante, por lo que concurre la base fáctica de la reclamación, no procede acoger las pretensiones contrapuestas de las partes demandante y demandada, de incremento de su cuantía y exclusión, respectivamente, pues la fijada resulta ponderada en atención al principio de pérdida de oportunidad, de dedicación del tiempo correspondiente a los trabajos ordinarios de la empresa, y a las circunstancias concurrentes acreditadas, sin que proceda acoger el planteamiento de la actora en su recurso, basado en que gestionó internamente la crisis mediante la dedicación de sus trabajadores de tiempo adicional extraordinario a su jornada habitual de trabajo al incidente de los colorante ilegales, horas extras que constan en el Anexo XV del informe pericial y documento 90 de la demanda, pues el informe pericial contable no alude a horas extras, sino que especifica que esta partida hace referencia a las horas que según la demandante invirtieron sus empleados en la gestión de la crisis, los cuales, en lugar de llevar a cabo su trabajo ordinario tuvieron que dedicar su tiempo a llevar a cabo las gestiones para resolver dicha crisis, asumiendo la certificación del director financiero de la demandante -Don. Valeriano Camilo -, que no precisa trabajos concretos, y se complementa con una certificación del mismo de un coste global de éstos -250.000 euros-, que no permite evaluar la corrección de la cantidad que se reclama, ni en todo caso acredita el citado coste con la consecuencia que deriva del artículo 217.1 de la L.E. Civil .

Con respecto a los **gastos de prueba de inspección** o coste de realización de análisis de laboratorio, la sentencia apelada parte de la evidencia de que la demandante incurrió en gastos de análisis y de la necesidad de los mismos para la confirmación de la presencia en esos productos de colorante prohibido para poder gestionar las reclamaciones de los clientes, esto es, discernir las que fueran procedentes y, en su caso, justificar posteriormente dichas indemnizaciones ante las aseguradoras para la recuperación de lo abonado en este concepto, y fija la cantidad de de 3.404.049 euros respecto del primer grupo y 5.790, 94 euros correspondientes al segundo grupo, gastos de análisis en Europa, y no fija cantidad alguna en cuanto a los gastos del tercer grupo que se reclama correspondientes al resto del mundo. Respecto de este concepto indemnizatorio igualmente las pretensiones de las partes son contrapuestas, pues mientras la demandada sostiene su improcedencia, en síntesis, por no haberse decidido la destrucción de los productos en función de los análisis, sino por trazabilidad, no estando justificada la realización de análisis, ni siendo el gasto era necesario para la retirada, alegando que, de admitirse gastos de análisis, serían solo de Para Red no de Sudan I-IV que no era necesario.

La parte demandante alega que reclamó los gastos en los que incurrió para que varios laboratorios realizasen análisis químicos de las muestras de materias primas, productos intermedios y productos finales, a fin de determinar si en los mismos había presencia de colorantes Para red y Sudan red, ascendiendo el importe de las factura que abonó a 433.117,18 euros, que la actora con el fin de verificar si los productos suministrados a sus clientes y en cuya elaboración se había empleado el pimentón rojo en polvo suministrado por demandada contenían Para red y/o Sudan Red, solicitó numerosos análisis químicos a diversos laboratorios de Europa, lo que le supuso un coste total de 69.650,17 euros, y que las sociedades del grupo incurrieron en gastos por importe de 377.676, 19 euros, y sostiene la procedencia de éstos, argumentando con respecto a cada uno de ellos.

En relación con la referida cuestión, ha de establecer inicialmente que aún cuando es un hecho admitido por la parte demandante que el día 12 de mayo de 2005, decidió la retirada del mercado de los productos contaminados con Sudan Red y Para Red, y el testigo D. Jim Dunsdon respondió en el sentido de que las reclamaciones de los clientes fueron aceptadas en su totalidad, que tomaban la decisión a partir de la información que le daba a éstos de que había un colorante ilegal, independientemente del nivel de presencia, de ello no ha de concluirse la innecesidad de realizar análisis en la gestión de la crisis que se produjo por la contaminación del pimentón que integraba el lote B-3804/4991, dada la naturaleza de la misma y la exigencia de adoptar las debidas garantías en su resolución en todos sus aspectos, ante su complejidad, constando en concreto el documento del Anexo XIII del informe pericial -documento 90 de la demanda-, que al solicitar confirmación del Laboratorio Elypse Scientific Group, se alude a discusión sobre seguro, además de que el testigo Sr. Paulino Alexander se refirió a la reclamación por la demandante a su aseguradora.

Establecido lo anterior, han de confirmarse las cuantías que fija la sentencia apelada, que valora correctamente la prueba practicada, en los términos que expresa en su Fundamento de Derecho séptimo.

En relación con los gastos que se incluyen en el primer grupo, la cuestión no radica tanto en que la aportación de las facturas que se reseñan en el informe pericial del Sr. Benjamin Doroteo -documento 90 Anexo 19-, que no es imperativa conforme al artículo 336.2 de la L.E.Civil, como en la valoración del propio informe pericial en atención a su contenido y a las aclaraciones del perito en el acto de juicio, según las reglas de la sana crítica, de conformidad con el artículo 348 de la misma Ley, al que se ajusta la sentencia apelada, al concluir la insuficiencia de la prueba pericial para justificar la cantidad reclamada de 433.117,18 euros, aún cuando no se cuestionen las facturas en sí mismas, pues ha de tenerse en cuenta que el hecho de que no se impugnen en su autenticidad, en todo caso no significa que se admita la eficacia probatoria que pretende la demandante, y que no se trata de un supuesto de presunciones judiciales del artículo 386 de la L.E. Civil, teniendo en cuenta que los análisis facturados debían referirse a la detección Para red y/o Sudan red en el pimentón suministrado por la demandada, lo que no resulta de la reseña de las facturas, ni es posible discriminar en virtud del informe pericial, habiendo manifestado al respecto el Sr. Benjamin Doroteo en el acto de juicio de que no eran expertos químicos ni biológicos y la dificultad que constituía determinar si estaban relacionados con la crisis del Para red, así como que el concepto de cada factura no entró a verificarlo, sin que, por otra parte, se evidencie por el informe que la factura NUM000 no fue computada en su total importe.

Por las mismas razones ha de mantenerse la cantidad que fija la sentencia apelada por gastos de análisis de Laboratorios de Europa, en la medida que la relación de facturas que se recogen en el informe pericial por sí mismas resultan insuficientes, y únicamente son admisibles las que viene precisadas en el documento que adjunta del laboratorio emisor -Elyse Scientific Group-, como correspondientes a análisis para determinar la presencia de Sudan y de Para red.

A igual conclusión ha de llegarse con respecto a la reclamación por facturas de laboratorios fuera de Europa, en que el informe pericial se basa en facturas justificativas de los mismos y en certificación de Marsh, de que la demandante ha incurrido en 337.676 euros en el análisis/costes como resultado de la contaminación del para red, previamente indicar que "

ha recogido todos los costes de análisis/otros costes relacionados con el para red en los que ha incurrido la demandante

" de los afiliados que expresa, lo que en las circunstancias expresadas, y conforme a los propios términos de la valoración que efectúa la sentencia apelada, es insuficiente, aún cuando indique que ha recogido solo los costes documentados mediante las facturas del proveedor o mediante otra documentación contable, pues, en todo caso, a falta de cualquier otro documento, no permite una adecuada evaluación de los conceptos y cuantías que la integran para determinar sobre su procedencia, habiendo manifestado el perito Sr. Benjamin Doroteo desconocer cuales fuesen los otros costes a que se refiere la certificación, precisando que si los pagos estaban hechos no era objeto de la pericia, por lo que cuando menos resulta dudosa la cantidad que en su caso se adeude por tal concepto, sin que proceda fijar una cantidad alzada.

Finalmente no procede acoger la alegación de la demandante, de que los daños causados deben imputarse en mayor medida al lote B-3804/4991 por ser el Lote que puso en marcha los mecanismos de gestión de la crisis, ya que es correcta la cuantificación que efectúa la sentencia apelada de la indemnización en la quinta parte de las sumas que estima procedentes, sin que haya otorgarse una cantidad mayor a las que corresponden al citado lote, pues, al margen de que una vez que se desarrolla un método o esquema de trabajo es posible realizar la misma tarea con mayor rapidez y eficiencia, ha de tenerse en cuenta, que no ha quedado acreditada la mayor inversión en términos de trabajo y esfuerzo en el mismo, al no desprenderse de la prueba practicada que se tratase de actuación previa respecto de este lote, y sucesiva con respecto a los demás litigiosos, sino que habiéndose entregado el pimentón de los cinco lotes litigiosos y ante la alerta del Para Red, la demandante gestionó la crisis por todos ellos, siendo un hecho admitido por la misma que el día 12 de mayo de 2005, decidió la retirada del mercado de los productos contaminados con Sudan red y Para red, y resultando de la prueba documental que previamente se había analizado por el Laboratorio Eurofins -el día 28 de abril de 2005- el lote C 1680/5480 -documento 54 de la demanda- al igual que el Lote B 3804/4991 -documento nº 52 de la demanda- e inmediatamente después por el laboratorio T **NO** -el día 17 de mayo de 2005- los lotes B 4176/514, C 1230/5296, C 1445/5397 y C 1680/5480 -documentos 57 a 60 de la demanda-.

DÉCIMO

En relación con los intereses reclamados por la demandante la sentencia apelada excluye intereses por mora, concretando los debidos a los previstos en el artículo 576 de la L.E.Civil, pronunciamiento que impugna la parte apelante, invocando la existencia de error en su valoración, por no ser aplicable al supuesto de autos el principio de in illiquidis non fit mora, alegando que el dies a quo ha de ser el 25 de mayo de 2005, de conformidad con el [artículo 1100](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27 \)](#), que es líquida la

cantidad reclamada desde ese mismo momento, y que el interés aplicable es el legal del dinero que señala, ascendiendo la cantidad reclamada por este concepto a 220.092,79 euros desde el día 25 de mayo de 2005 hasta la interposición de la demanda, al renunciar al interés fijo del 6% considerado por el informe pericial, de conformidad con el artículo 19 de la L.E.Civil .

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Septiembre de 2008 señala que " la jurisprudencia, en aplicación de la regla "in illiquidis non fit mora", mandaba desestimar la pretensión de condena del deudor a pagar los intereses de demora ([artículos 1100](#) y [1108](#) del Código Civil) cuando la sentencia que ponía fin al proceso declaraba que la deuda que los podría generar era inferior a la reclamada en la demanda, considerando, por lo tanto, que la discrepancia de las partes sobre la cuantía del debitum convertía en necesario un proceso para liquidarlo y, por ello, en ilíquida la deuda hasta la sentencia.

Este criterio, no obstante, fue paulatinamente abandonado para dar paso a otro conforme al cual se rechaza todo automatismo en la aplicación del brocardo de continua referencia, centrándose en la valoración de la razonabilidad de la oposición del deudor a aceptar como debida la cantidad que se le reclama. Las razones que abonan semejante cambio de orientación jurisprudencial son de diverso orden, y van desde la función resarcitoria de la tardanza que cumplen las condenas al pago de los intereses moratorios, unida a la natural productividad del dinero, hasta la constatación de la existencia de la diversidad de grados de indeterminación de las deudas, y la progresiva revisión de los criterios de imputación al deudor del retraso en el cumplimiento, basados tradicionalmente en la idea de culpa -que había sido negada respecto de quien ignoraba lo que realmente debía: non potest improbus videri, qui ignorat quantum solvere debeat, Digesto 50.17.99-, pasando por la comprobación empírica de que los indicados criterios tradicionales dejaban la aplicación de la sanción en manos del propio deudor, al que, según recuerdan las Sentencias de 9 de febrero y de 2 de julio de 2007 -con cita de otras anteriores- le bastaba con negar la deuda o discutir la cantidad reclamada para hacerla indeterminada.

La nueva orientación jurisprudencial se recoge, entre las más recientes, en la Sentencia de 19 de mayo de 2008 , en la que se destaca el sometimiento de la regla "in illiquidis non fit mora" al canon de razonabilidad en la oposición para decidir la procedencia de condenar o no al pago de intereses y para la concreción del término inicial del cómputo del devengo. Tal como precisa dicha Sentencia, recogiendo los términos de la de 16 de noviembre de 2007 , este moderno criterio da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y, en definitiva, a la plenitud de la tutela judicial, tomando como pautas de razonabilidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado y demás circunstancias concurrentes, por lo que la solución exige una especial contemplación del caso enjuiciado" Sentencia de 19 de mayo de 2008 que a su vez cita las SSTs de 4 de junio de 2006 , 9 de febrero , 14 de junio y 2 de julio de 2007

Aplicando la citada doctrina al caso analizado, ha de estimarse la razonabilidad de la oposición de la demandada a aceptar como debida la cantidad que le reclaman las demandantes, al tratarse, como indica la sentencia apelada, de una reclamación de indemnización por responsabilidad contractual en circunstancias extraordinarias y complejas, cuya resolución ha sido ardua en cuanto a la determinación de la imputabilidad o extensión de responsabilidad exigible a la demandada y respecto a la cuantificación del daño indemnizable, de forma que el pleito ha sido necesario para dirimir las consecuencias económicas del evento enjuiciado y liquidar el crédito debido. No se trata en el supuesto enjuiciado, de una simple minoración de la cantidad efectivamente debida, al ser superior la reclamada, sino de una controversia sobre responsabilidad por incumplimiento contractual compleja no solo en cuanto a la existencia de éste, si no también en las consecuencias que derivan del mismo en conceptos y cuantías, que viene a reproducirse en esta alzada en virtud de los recursos de apelación interpuestos, en que se cuestiona extensamente y con minuciosidad la motivación y pronunciamientos de la sentencia apelada en conjunción con las pretensiones deducidas en la primera instancia.

Consecuentemente, no procede el pago de intereses por mora, debiendo significarse que en todo caso no procedería fijar el dies a quo el 25 de mayo de 2005, en que conforme a la carta aportada como documento nº 81 de la demanda, la demandante informaba a la demandada del incumplimiento contractual y de su reclamación por los daños, pérdidas, costes y gastos relacionados con el incumplimiento, sin concretar cantidad alguna, y sin que el incumplimiento y sus consecuencias fuesen evidentes e incuestionables, además de no haber satisfecho en aquella fecha la totalidad de las cantidades que sirven de base para el cálculo de los intereses, que, por otra parte, incluye la liquidación de intereses por reclamación de los clientes que no ha sido objeto del informe pericial, según se indica en éste, sin que se precisase en el acto de juicio por el perito, que dijo desconocer la deuda principal a que se refiere.

DECIMOPRIMERO

Por último, la parte demandada impugna el pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia, interesando su imposición a la demandante por concurrir temeridad, alegando, en síntesis, que la temeridad, ya sea por culpa o negligencia, ha quedado totalmente acreditada, al no haberse acogido la tesis de la responsabilidad de la demandada, pues sólo se la ha condenado por la venta de uno solo de los lotes de pimentón y no de los cinco reclamados, que también es temerario cuantificar una reclamación de forma desorbitada a sabiendas y lo que es peor falsa en algunos conceptos, a pesar de que la tesis de la responsabilidad se haya estimado parcialmente y con respecto a uno de los lotes, y que se trata de fundar la temeridad en la mala fe con que se ejercita la acción quien en la reclamación incluye -a sabiendas- lotes, importes y conceptos absolutamente injustificados, la mala fe que viene especialmente agravada en este caso por la envergadura de la reclamación, argumentando sobre ello, y refiriéndose en concreto, además de a los costes de análisis, a la reclamación de 2,5 millones de euros por pérdida de cliente - Isidro Daniel - por culpa de para red, argumentando al respecto.

En relación con la imposición de costas el Tribunal Constitucional en sentencia de 1 de diciembre de 1988, con referencia a su sentencia de [STC 131/1986 de 29 octubre \(RTC 1986, 131 \)](#), señala que viene establecida en la Ley "

como consecuencia económica que debe soportar, bien la parte que ejercita acciones judiciales que resultan desestimadas, bien aquella que las ejercita sin fundamento mínimamente razonable o con quebranto del principio de buena fe, en este último supuesto, la apreciación de temeridad o mala fe litigiosas en un problema de legalidad carente de relevancia constitucional, pues constituye valoración de hechos o conductas que compete en exclusiva a la función jurisdiccional, según ya ha sido declarado en el

[ATC 60/1983 de 16 febrero \(RTC 1983, 60 \)](#) "

La sentencia apelada no impone las costas procesales a ninguna de las partes por aplicación del artículo 394.2 de la L.E.Civil, que establece para el supuesto de que sea parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiera meritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad, temeridad que no aprecia atendiendo a la totalidad de las pretensiones deducidas en la demanda, y que no procede apreciar en esta alzada en atención a las circunstancias concurrentes.

La demanda se estima parcialmente al apreciarse incumplimiento contractual de la demandada únicamente en uno solo de los lotes litigiosos -B-3804/4991-, reduciendo sensiblemente la cuantía indemnizatoria interesada por el mismo como resultado de la valoración de la prueba practicada, desestimando el incumplimiento pretendido en relación con los otros cuatro lotes litigiosos y, consiguientemente, las indemnizaciones reclamadas por éstos, mas la pretensión de responsabilidad respecto de los mismos y los conceptos indemnizatorios desestimados no se revelan carentes de fundamento y de razón defendible, pues, según se ha señalado en el Fundamento de Derecho anterior en relación con la mora, se trataba de una cuestión compleja tanto en cuanto a la existencia de los incumplimientos, como con respecto a los conceptos indemnizatorios y cuantía correspondiente a los mismos a que debía de extenderse la responsabilidad, dándose el incumplimiento en uno de los lotes y siendo indemnizables los diferentes conceptos reclamados, si bien en la cuantía acreditada, con exclusión de algunos de éstos, en virtud de la aplicación del artículo 217.1 y 2 de la L.E.Civil, de forma que la diferencia entre la cuantía reclamada tras la renuncia y la finalmente fijada en el procedimiento, no constituye criterio del que se concluya la existencia de temeridad a efectos de la imposición de las costas.

Las alegaciones relativas a la renuncia de la demandante a la cantidad reclamada en la demanda -2.443.793,00 euros- por el concepto de coste de interrupción del negocio constituido por la pérdida que supuso para la demandante el hecho de que uno de sus clientes, Isidro Daniel, decidiera, a partir de la crisis del Para red, poner fin a las relaciones comerciales que hasta el momento mantenían satisfactoriamente, aportando informe pericial en que se calcula el margen de beneficio, no conducen a una conclusión diferente, pues, en definitiva, se trata de un concepto que venía a integrar el total de la indemnización reclamada como consecuencia del incumplimiento contractual respecto del lote B 3804/4991, que no procede considerar separadamente, fraccionando las pretensión indemnizatoria, ni, por tanto, analizar, la temeridad que se invoca respecto del mismo, a efectos de imposición de costas, en que conforme al artículo 394.2 de la L.E.Civil, se ha de atender a la totalidad de las pretensiones deducidas en la demanda.

Consecuentemente han de desestimarse los recursos de apelación interpuestos.

DECIMOSEGUNDO

Procede imponer a las partes las costas derivadas de sus respectivos recursos de apelación, al ser procedente su desestimación, sin que se aprecie la existencia de dudas de hecho o de derecho que justifiquen otro pronunciamiento (artículo 398 L.E.Civil)

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de SU MAJESTAD EL REY DON JUAN CARLOS PRIMERO DE ESPAÑA,

FALLAMOS

Que desestimando los recursos de apelación interpuesto por Internacional Flavors & Fragrances INC e Internacional Flavors & Frangances I.F.F. (Nederland) B.V. representada por el Procurador D. Antonio Rentero Jover estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Ramón Sabater S.A., representada por el Procurador D. Alfonso Albacete Manresa contra la sentencia dictada el día dieciséis de diciembre de dos mil diez por el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Murcia en autos de juicio ordinario nº 126/08 debemos confirmar y confirmamos la misma, imponiendo a las partes apelantes las costas derivadas de sus respectivos recursos de apelación.

Notifíquese la presente resolución y llévase certificación de la misma al Rollo de esta Sala y a los autos del Juzgado, al que se devolverán para su ejecución y cumplimiento.

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

El presente texto se corresponde exactamente con el distribuido de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), en cumplimiento de lo establecido en el artículo 3.6 b) del Reglamento 3/2010 (BOE de 22 de noviembre de 2010). La manipulación de dicho texto por parte de Editorial Aranzadi se puede limitar a la introducción de citas y referencias legales y jurisprudenciales.
