



Roj: **STS 1639/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1639**

Id Cendoj: **28079110012019100276**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/05/2019**

Nº de Recurso: **2284/2016**

Nº de Resolución: **276/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 1650/2016,**
STS 1639/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 276/2019

Fecha de sentencia: 22/05/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2284/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/02/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Procedencia: Audiencia Provincial de Oviedo, sección 4.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: RDG

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2284/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 276/2019

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

En Madrid, a 22 de mayo de 2019.



Esta sala ha visto los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 167/16 por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 79/13, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Oviedo, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por la procuradora D.ª Myriam Suárez Granda en nombre y representación de Hulleras del norte S.A.U., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador D. Nicolás Álvarez del Real en calidad de recurrente y el procurador D. Ignacio Arcos Linares en nombre y representación de Administración Concursal Coto Minero Cantábrico S.A. y la procuradora D.ª Silvia Virto Bermejo, en nombre y representación de Hulleras del Norte S.A., en calidad de recurridos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora D.ª Ana María Gil Carcedo Morales en nombre y representación de Coto Minero Cantábrico S.A. (en lo sucesivo CMC) y Unión Minera del Norte S.L. (en adelante, UMINSA), interpuso demanda de juicio ordinario, contra la mercantil Hulleras del Norte S.A. (HUNOSA), bajo la dirección letrada de D. César Manuel Garnelo Díez y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

"1. Se declare la existencia de incumplimiento contractual por parte de HUNOSA, en relación con los contratos de que se trata al no ser ajustada a derecho su actuación en los términos que se han expuesto.

2. Que, consecuentemente, se condene a HUNOSA al cumplimiento de los contratos concernidos en sus propios términos.

3. Que se condene a la demandada a que se abstenga de notificar retención alguna de facturaciones o ayudas a los clientes y al Instituto del Carbón, de las que puedan corresponder a CMC y/o a UMINSA, sin mediar previa declaración judicial de incumplimiento de los mismo o, constatación subsiguiente a la conclusión del desacoplo como en ellos se establece.

4. Que se haga reserva expresa en favor de CMC y UMINSA, en orden a la reclamación de los perjuicios e intereses que del incumplimiento se les puedan finalmente irrogar, o que se acrediten, cuando unos y otros puedan ser debidamente estimados.

E imponiéndole de forma expresa, las costas procesales que se devenguen como consecuencia de este litigio".

SEGUNDO .- La procuradora D.ª Miriam Suárez Granda, en nombre y representación de Hulleras del Norte S.A. (en adelante Hunosa), contestó a la demanda, bajo la dirección letrada de D. Luís Llanes Garrido y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

"íntegramente desestimatoria de la demanda rectora de autos con expresa imposición de costas con carácter solidarios a las demandantes".

Seguidamente y en el mismo escrito formuló reconvención legando los hechos y fundamento de derecho que estimó de aplicación y terminaba suplicando:

1.- DECLARE, con efectos desde la declaración en sentencia, resueltos los contratos de depósito suscritos con las mismas en las fechas de 4 de septiembre y 10 de noviembre de 2009 (aportados como documentos 1 a 6 de la presente contestación-reconvención), con sus respectivas adendas y novaciones, descritos en el hecho primero de la contestación a la demanda en este mismo escrito.

2.- CONDENE a "UNIÓN MINERA DEL NORTE, S.A." a pagar a la mi representada la suma de VEINTIOCHO MILLONES NOVENTA Y CINCO MIL SESENTA Y DOS EUROS CON NOVENTA Y TRES CÉNTIMOS -28.095.062,93 EUROS-, en concepto del valor del carbón desaparecido (o, en su defecto, y con carácter subsidiario para el caso de resultar inferior en la cantidad que pericialmente se determine en el informe que se aportará por esta parte y al que se hace referencia en el otrosí de este escrito), más SESENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS EUROS CON DIEZ CÉNTIMOS (68.496,10, EUROS) en concepto de precio pagado por el informe de medición emitido por la Sra. Ingeniero de Minas D.ª Julia , más los intereses legales devengados por dichas sumas ya desde la fecha de su interpelación judicial como consecuencia de esta demanda reconvencional ya desde la fecha de la sentencia.

3.- CONDENE a "COTO MINERO CANTÁBRICO S.A." a pagar a la reconviniente la suma de DIECIOCHO MILLONES SEISCIENTAS OCHENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO EUROS CON CINCUENTA Y OCHO CÉNTIMOS -18.685.774,58 EUROS- (o, en su defecto, y con carácter subsidiario para el caso de resultar inferior



en la cantidad que pericialmente se determine en el informe que se aportará por esta parte y al que se hace referencia en el otrosí de este escrito) más CUARENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y TRES EUROS, CON DOS CÉNTIMOS (45.263,02.- €) en concepto de precio pagado por el informe de medición emitido por la Sra. Ingeniero de Minas D.^a Julia , más los intereses legales devengados por dichas sumas ya desde la fecha de su interpelación judicial como consecuencia de esta demanda reconvenional ya desde la fecha de la sentencia, todo ello con expresa condena en costas de esta reconvenición a las actoras principales reconvenidas".

TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Oviedo, dictó sentencia con fecha 25 de enero de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"A) Que estimo parcialmente la demanda interpuesta por COTO MINERO CANTÁBRICO S.A. y UNIÓN MINERA DEL NORTE S.A. frente a HULLERAS DEL NORTE S.A., y en su virtud:

1.- Declaro el incumplimiento de esta de la cláusula décima de los contratos que unen a las partes, en las Comunicaciones remitidas al Instituto del Carbón y clientes de las actoras para la retención de ayudas y créditos a los que tuvieran derecho, con reserva expresa de las acciones que por daños y perjuicios, en su caso, les pudieran corresponder.

2.- No se hace especial imposición de las Costas.

B) Que estimo la demanda reconvenional formulada por Hulleras del Norte S.A. frente a Coto Minero Cantábrico S.A. y Unión Minera del Norte S.A., y en su virtud:

1.- Declaro resueltos los contratos suscritos entre las partes entre el 4 de septiembre y el 10 de noviembre del año 2009, así como sus respectivas adendas y Prórrogas.

2.- Condeno a CMC al pago de la cuantía de 18.685.774,58 € a favor de la primera,

3.- Condeno a UMINSA al pago de la cuantía de 28.095.062,93 € a favor de la primera.

4.- Las anteriores cantidades se incrementaran con el interés legal del dinero desde la fecha de la interposición de la demanda reconvenional, y con el interés procesal desde la fecha de esta resolución y hasta su completo pago.

5.- No se hace especial imposición de las costas procesales".

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante y demandada, la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictó sentencia con fecha 25 de mayo de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"Procede desestimar el recurso de apelación, interpuesto, por Hulleras del Norte S.A. (HUNOSA) frente a la sentencia de 25 de enero de 2016 dictada por el juzgado de Primera Instancia n° 5 de Oviedo en juicio ordinario 79/2013, y estimar parcialmente el recurso formulado contra dicha sentencia por las representaciones procesales de Coto Minero Cantábrico S.A. (CMC) Unión Minera del Norte S.A. (UMINSA), en el sentido de que las cantidades que deben abonar dichas sociedades, devengarán el interés legal desde la demanda reconvenional, si bien para su computo no se tendrá en cuenta el periodo que este procedimiento estuvo suspendido por causa de la querrela presentada por HUNOSA contra ellas, que se incrementará en dos puntos desde la fecha de la sentencia de primera instancia y hasta su completo pago.

Todo ello sin hacer especial imposición de las costas procesales devengadas en esta segunda instancia".

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recursos de casación y recurso extraordinario por infracción procesal la representación procesal de Hulleras del Norte, S.A., argumentando el recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en un único motivo: Art. 469.4.º.1 LEC . Vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE . El recurso de casación lo argumentó con apoyo en un único motivo: Art. 1256 CC . Se invoca la oposición o desconocimiento en la sentencia de apelación, y por tanto la infracción de la doctrina reiterada del Tribunal Supremo.

SEXTO .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 7 de noviembre de 2018 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el procurador D. Ignacio Argós Linares, en nombre y representación de Coto Minero Cantábrico S.A. La procuradora D.^a Silvia Virto Bermejo, en nombre y representación de Unión Minera del Norte S.A., presentaron sendos escritos de impugnación al mismo.

SÉPTIMO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 28 de febrero del 2019, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1. Entre el 4 de septiembre y el 10 de noviembre de 2009, las entidades Coto Minero Cantábrico S.A. (en adelante, CMC) y Unión Minera del Norte S.A. (en adelante, UMINSA), empresas proveedoras de carbón destinado a centrales térmicas, suscribieron 6 contratos con la entidad Hulleras del Norte, S.A. (en adelante Hunosa), empresa encargada por el Ministerio de Industria de la gestión del denominado "almacenamiento estratégico temporal del carbón" (AETC), para la compraventa de carbón destinado a dicho almacenamiento que inicialmente, según la propia previsión contractual, debía almacenarse en las propias instalaciones de las entidades vendedoras.

2. A los efectos que aquí interesan, deben destacarse los siguientes aspectos de la reglamentación contractual.

2.1. Los contratos suscritos contenían una cláusula relativa a la "garantías a constituir", con el siguiente tenor:

"El SUMINISTRADOR garantiza, con su patrimonio y solvencia, el cumplimiento íntegro del presente contrato.

"En particular, sin que suponga exclusión de cualquier otra, afianza el cumplimiento de sus obligaciones con las Ayudas Estatales a la industria de la minería .del carbón que le puedan corresponder en la actualidad o en el futuro sobre la producción de carbón (reguladas en el Reglamento CE 1407/2002, del Consejo de 23/07/02, sobre ayudas estatales a la industria del carbón, y en la Orden ITC/3666/2007, de 14 de diciembre), así como con los derechos de cobro del SUMINISTRADOR frente a las centrales eléctricas a las que suministre o pueda suministrar en el futuro [actualmente Central Térmica de Compostilla (Cubillos del Sil: León), de ENDESA GENERACIÓN, Central Térmica de Anllares, C.B. Páramo del Sil-León) de UNIÓN FENOSA GENERACIÓN, S.A. ENDESA GENERACIÓN S.A.], pendientes o que se devenguen con posterioridad al incumplimiento, manifestando que las mismas no están gravadas con obligaciones previas.

"Las partes convienen y se autorizan recíprocamente, para la elevación a público del presente documento y la comunicación al pagador de la constitución de las presentes garantías, únicamente en el caso de que se produzca un incumplimiento relevante que no podrá ser inferior a 250.000 €, de las obligaciones de regularización y liquidación procedentes por cantidad, calidad y penalizaciones definidas en las Cláusulas 2, 3, 4, 5, 6 y 7. En este supuesto, la garantía pignoraticia que así se constituyere sobre las ayudas y la facturación referida en el párrafo anterior, lo será en primer lugar sobre la facturación y, alternativamente, sobre las ayudas y por un importe del doble del incumplimiento acreditado conforme a los procedimientos de regularización previstos en el presente contrato. La comunicación al pagador deberá realizarse a través del Notario ante el que se eleve a público la presente cláusula".

2.2. Con relación a la activación de la garantía hay que destacar que, con la excepción de los dos contratos suscritos el 4 de septiembre de 2009 entre las partes, el resto de los cuatro contratos suscritos contenían una cláusula relativa al "almacenamiento del carbón adquirido por el comprador", con el siguiente tenor:

"[...] HUNOSA se reserva la posibilidad de realizar, en cualquier momento, a su conveniencia, y sin previo aviso, las inspecciones y auditorías que considere oportunas, en las instalaciones del SUMINISTRADOR, con el objeto de verificar la cantidad, calidad y origen del carbón almacenado. De igual manera, HUNOSA podrá delegar en quien considere oportuno los controles a que se hace referencia en el párrafo anterior.

"Si como consecuencia de dichas inspecciones se detectasen desviaciones significativas con las cantidades certificadas por el SUMINISTRADOR, el COMPRADOR podrá instar la regularización de las cantidades facturadas, por cualquier concepto a fin de que se ajusten a la realidad. Si el SUMINISTRADOR no estuviera conforme con la medición del COMPRADOR, se designará, para la resolución de la controversia, un experto elegido de mutuo acuerdo y; en el caso de que no se alcance dicho acuerdo, será el que designe el Colegio de Ingenieros de Minas del Noroeste de España de entre sus miembros, siendo su dictamen definitivo.

"El coste de esta peritación será a cargo del SUMINISTRADOR si las cantidades reales fueran inferiores a las certificadas, y en caso contrario, será a cargo del COMPRADOR".

Por contra, en los citados contratos suscritos el 4 de septiembre de 2009, la cláusula relativa a las "pérdidas y mermas", contenía el siguiente tenor:

"Las partes acuerdan establecer un porcentaje de pérdidas y mermas del 2% anual en peso; calculándose proporcionalmente el tonelaje a entregar en el momento del desacopio en función del tiempo transcurrido desde el almacenamiento.



"Si las cantidades definitivas fueran inferiores a las cantidades facturadas, una vez consideradas las mermas reflejadas en el párrafo anterior, el SUMINISTRADOR deberá reintegrar al COMPRADOR, de manera inmediata, la diferencia entre el precio pagado, y el precio que resulte conforme a dichas cantidades".

2.3. Por último, todos los contratos suscritos contenían una cláusula, decimosegunda, relativa a la "jurisdicción, competencia judicial y coordinación" cuyo párrafo segundo tenía el siguiente tenor:

"[...] Igualmente (las partes) se comprometen a celebrar reuniones periódicas, a requerimiento de cualquiera de las partes, durante el plazo de vigencia de este contrato, que les permitan obtener información sobre cualquier aspecto que se considere de mutuo interés en relación con la ejecución de este contrato".

3. Hunosa, ante la merma del carbón almacenado detectada por sus técnicos, activó las garantías previstas sobre las ayudas estatales y los derechos de cobro de las demandadas.

4. CMC y UMINSA formularon una demanda contra Hunosa en la que solicitaban que se declarase el incumplimiento contractual, particularmente con relación a la activación de las garantías previstas, así como su condena a que se abstuviera de notificar retención alguna de facturaciones o ayudas a los clientes y al Instituto del carbón con el consiguiente derecho, en su caso, a reclamarle los daños y perjuicios que derivasen de su no abstención.

Hunosa se opuso a la demanda y formuló reconvencción en la que solicitaba la resolución de los contratos y la condena a CMC y UMINSA al pago de 18.685.777,58 € y 28.095.062,93 €, respectivamente, por el valor de la merma del carbón almacenado, más las costas del informe de medición efectuado, 45.263,02 € y 68.496,10 €, respectivamente.

5. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda y estimó en su integridad la demanda reconvenccional. En lo que aquí interesa, consideró acreditada una merma del carbón almacenado cuantificada en 577.924,32 toneladas. Con relación al incumplimiento de la activación de las garantías pactadas, declaró:

"[...] Pues bien, ciertamente la cláusula décima permite la activación de tal garantía o pignoración sobre futuras ayudas estatales al carbón o cantidades que le pudieran deber las eléctricas compradoras del carbón a CMC y UMINSA, y ello, ante un incumplimiento relevante. Ahora bien, habrá de entenderse que dicho incumplimiento, ante la falta de acuerdo, será necesario que se declare previamente por la autoridad judicial o arbitraje al que se pudieran someter. Es decir, que pese a pactarse la pignoración de ciertas cantidades a las que pudieran tener derecho CMC y UMINSA, la base de tal garantía es el incumplimiento previo y relevante de las actoras. Pero dicho incumplimiento, ante la falta de acuerdo sobre el mismo, será necesario que se declare judicialmente, de la misma manera que si las partes no están conformes con la resolución contractual unilateral de una de ellas por discutir el motivo de la .resolución será necesario acudir a los Juzgados y Tribunales para que declare la misma".

"Por consiguiente, conforme se hace constar en los documentos n.º 62 a 73 de la demanda, y que expresamente se reconoce en la contestación habiendo elevado a público HUNOSA los contratos en diciembre del año 2012 y comunicando en tal fecha el incumplimiento de las mineras (para activar las garantías pactadas) a Endesa, Iberdrola, Unión Fenosa Térmica Anllares C.B, así como al IRCM, efectivamente incumplió aquella. Pues actuó unilateralmente cuando debía conocer por las comunicaciones intercambiadas con CMC y UMINSA, que éstas no entendían incumplido el contrato, por lo que no estaba facultada para decidir tal incumplimiento relevante sin antes someter la cuestión a los Tribunales. Entender otra cosa implicaría dejar al arbitrio de una de las partes decidir sobre el cumplimiento o incumplimiento de lo pactado, lo que se encuentra proscrito por el art. 1256 CC .

"Por consiguiente, Se declara el incumplimiento de HUNOSA en los términos descritos en relación con la cláusula décima de los contratos, pudiendo, las actoras instar en el futuro la reclamación que les pudiera corresponder, si es que algún dado se les ocasionó, con tales comunicaciones".

6. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la sentencia de la Audiencia desestimó el recurso de apelación de la demandada Hunosa y estimó en parte el recurso de los demandantes, CMC y UMINSA, respecto de que las cantidades que debían abonar dichas sociedades devengarían el interés legal desde la fecha de la interposición de la demanda reconvenccional, sin contar el período en el que el presente procedimiento estuvo suspendido por causa de la querrela interpuesta por Hunosa.

En lo que aquí interesa, con relación al recurso de apelación de Hunosa consideró, conforme a los arts. 1256 , 1258 y 1504 CC , que la apelante al activar las garantías previstas con base en sus propios informes había actuado de forma unilateral y contraria a la reglamentación pactada, por lo que procedía la desestimación de su recurso. También confirmó que la merma del carbón almacenado ascendió a 577.924,32 toneladas, tal y como había declarado la sentencia de primera instancia.



7. Frente a la sentencia de apelación, la demandada y reconviniendo Hunosa interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Recurso extraordinario presentación procesal

SEGUNDO.- 1. Hunosa, al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC , interpone recurso extraordinario por infracción procesal.

2. En dicho motivo la recurrente denuncia la vulneración de los derechos reconocidos en el art. 24 CE , con base en el manifiesto error en la valoración de la prueba realizada por la sentencia recurrida.

En el desarrollo del motivo argumenta que la Audiencia no ha distinguido el diferente régimen jurídico que las partes acordaron, en particular con relación a los contratos suscritos el 4 de septiembre de 2009, en donde se activaron las garantías previstas con carácter previo al informe del experto, dado que dichos contratos no contenían la cláusula de nombramiento de dicho experto.

3. El motivo debe ser desestimado. La recurrente, en el desarrollo del motivo, plantea cuestiones de índole sustantiva ajenas al marco de este recurso extraordinario (art. 473.2.1 LEC , en relación con el art. 469.1 LEC).

En todo caso, la sentencia recurrida no incurre en el error señalado, esto es, tener en consideración una cláusula que no se recogía en todos los contratos suscritos, pues alcanza su conclusión desde una interpretación sistemática de dichos contratos y con base en la citada cláusula 12.ª, que sí que venía recogida en todos los contratos suscritos.

Recurso de casación

TERCERO.- *Contrato complejo de compra de carbón, almacenamiento y depósito. Activación de las garantías pignoratias pactadas en favor del comprador. Doctrina jurisprudencial aplicable.*

1. La recurrente, al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC , interpone recurso de casación que articula en un único motivo.

2. En dicho motivo la recurrente denuncia la infracción del art. 1256 CC y de la doctrina jurisprudencial de esta sala que lo interpreta (con cita, entre otras, de las sentencias de 1 de marzo de 2006 ; de 30 de noviembre de 2007 y 19 de febrero de 2010).

En el desarrollo del motivo argumenta que la activación de la garantía acordada en los contratos suscritos el 4 de septiembre de 2009 fue correcta según lo pactado en los mismos, pues dichos contratos, a diferencia del resto, no contenían la cláusula de nombramiento de experto, sin que fuera necesaria la previa declaración judicial de incumplimiento para activar la garantía según lo estipulado.

3. El motivo debe ser estimado. Del examen de los dos contratos suscritos con fecha de 4 de septiembre de 2009 se desprende con nitidez que, a diferencia de los otros cuatro contratos suscritos, la activación de la garantía pignoraticia pactada no precisaba, como condición para su aplicación, del nombramiento de un experto que determinará el alcance de la merma producida. Siendo suficiente que las propias inspecciones y auditorías de la compradora, a las que expresamente estaba autorizada Hunosa, fueran las que determinasen la merma producida en el carbón previamente almacenado. Régimen que no resulta anómalo si tenemos en cuenta que el carbón almacenado era ya de la propiedad de Hunosa, que el control sobre la calidad y cantidad del mismo resultaba imprescindible para su correcta venta a las centrales térmicas, y que las vendedoras y depositarias del carbón no habían accedido a la suscripción de un seguro que garantizara la calidad y cantidad del carbón adquirido por Hunosa. En todo caso, hay que destacar que tanto la primera instancia, como la sentencia de la Audiencia, cuantificaron la pérdida o merma del carbón almacenado en la significativa cantidad de 577.924,32 toneladas, conforme a la medición del experto asignado por el Colegio de Ingenieros de Minas del Noroeste, a petición de Hunosa.

4. Como consecuencia de lo expuesto, procede estimar el recurso de casación, y al asumir la instancia, estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Hunosa y, en su virtud, revocar en parte la sentencia del juzgado de primera instancia en lo relativo al incumplimiento por parte de Hunosa de la cláusula décima de los contratos suscritos respecto de la activación de la garantía pignoraticia pactada; de forma que se exceptúa de dicho incumplimiento la activación de la garantía pignoraticia pactada en los contratos suscritos con fecha de 4 de septiembre de 2009, que fue aplicada correctamente.

CUARTO.- *Depósitos y costas*

1. La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal comporta que las costas causadas por el mismo se impongan a la parte recurrente, según lo dispuesto en el art. 398.1 LEC .



2. La estimación del recurso de casación comporta que no se haga expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según dispone el art. 398.2 LEC .
3. La estimación del recurso de casación comporta, una vez asumida la instancia, la estimación en parte del recurso de apelación interpuesto por Hunosa, por lo que no procede hacer expresa imposición de las costas de este recurso, según dispone el art. 398.2 LEC ; confirmando el pronunciamiento en ese sentido de la sentencia de la Audiencia.
4. Asimismo, procede ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, y la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, según establece la disposición adicional 15.ª LOPJ .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de la entidad Hulleras del Norte S.A.U. (Hunosa) contra la sentencia dictada, con fecha 25 de mayo de 2016, por la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4.ª, en el rollo de apelación núm. 167/2016 .
2. Estimar el recurso de casación interpuesto por dicha representación procesal contra la citada sentencia que se casa en parte.
3. Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Hulleras del Norte S.A.U. (Hunosa) contra la sentencia 13/2016, de 25 de enero, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Oviedo , en el procedimiento ordinario núm. 79/2013, que se revoca en parte, en el sentido de no declarar el incumplimiento contractual de Hulleras del Norte S.A.U. de la cláusula décima de los dos contratos suscritos en fecha 4 de septiembre de 2009, con relación a la activación de las garantías pignoraticias pactadas.
4. Imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente.
5. No hacer expresa imposición de costas del recurso de casación y del recurso de apelación interpuestos por la aquí recurrente.
6. Ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del constituido para la interposición del recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.