



Roj: STS 2292/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2292
Id Cendoj: 28079110012016100328
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2613/2013
Nº de Resolución: 348/2016
Procedimiento: CIVIL
Ponente: ANGEL FERNANDO PANTALEON PRIETO
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 348/2016

Fecha Sentencia : 25/05/2016

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso Nº : 2613 /2013

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando Parcialmente

Votación y Fallo: 23/02/2016

Ponente Excmo. Sr. D. : Fernando Pantaleón Prieto

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE GUIPÚZCOA. SECCIÓN 2.^a

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Escrito por : LEL

Nota:

Resolución por incumplimiento de un contrato de suministro de locomotoras: retraso en el cumplimiento de la obligación de entrega de las locomotoras. Inexistencia de cláusula resolutoria expresa, de término esencial y de voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento. Inexigibilidad, conforme a la buena fe, de que el comprador continúe vinculado por el contrato. Deber de las partes de cooperar entre sí para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Posibilidad de atender a hechos posteriores a la declaración de resolución del contrato para corroborar la conformidad a derecho de la misma.

Indemnización de daños y perjuicios en la medida del interés contractual negativo: imputación objetiva del daño.

Petición de rectificación del fallo de la sentencia de primera instancia:

interrupción del plazo para interponer recurso de apelación.

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: 2613/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Fernando Pantaleón Prieto

Votación y Fallo: 23/02/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil**SENTENCIA Nº: 348/2016****Excmos. Sres.:****D. Antonio Salas Carceller****D. Francisco Javier Arroyo Fiestas****D. Eduardo Baena Ruiz****D. Fernando Pantaleón Prieto****D. Xavier O' Callaghan Muñoz**

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Mayo de dos mil dieciséis. Esta sala ha visto ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por Ferrocarriles del Suroeste, S.A., representada por el procurador D. Manuel , bajo la dirección letrada de D. Álvaro López de Argumedo, contra la sentencia dictada el 19 de julio de 2013 por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa en el recurso de apelación núm. 2145/2013 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 392/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Tolosa, sobre resolución contractual con reclamación de cantidad e indemnización de perjuicios. Ha sido parte recurrida Construcciones Auxiliar de Ferrocarriles, S.A., representada ante esta Sala por el procurador D. Javier Zabala Falcó y bajo la dirección letrada de D. Manuel Muñoz García Liñán.

ANTECEDENTES DE HECHO**PRIMERO.- Tramitación en primera instancia**

1.- La procuradora D.ª M.ª del Carmen Chimeno Rodríguez, en nombre y representación de Ferrocarriles del Suroeste, S.A. ("FESUR"), interpuso demanda de juicio ordinario contra Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. ("CAF") en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«1. Declare que Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. ha incumplido grave y persistentemente el contrato de compraventa de 4 de septiembre de 2007 celebrado entre Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. (como vendedora) y Ferrocarriles del Suroeste, S.A. (como compradora); »2. Declare la validez de la resolución del contrato de compraventa, instada extrajudicialmente por mi representada en su carta de fecha 30 de septiembre de 2010;

»3. Declare que, como consecuencia de la resolución del contrato de compraventa, Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. está obligada a restituir a mi mandante, Ferrocarriles del Suroeste, S.A., el importe del precio pagado anticipadamente por ésta, cuya cuantía asciende a 9.154.800 € (NUEVE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS EUROS)

»4. Declare que, como consecuencia de la resolución del contrato de compraventa, Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. está obligada a indemnizar a Ferrocarriles del Suroeste, S.A. el importe de los daños causados que ascienden a los siguientes importes:

»a) 442.364,77 € (CUATROCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO EUROS CON SETENTA Y SIETE CÉNTIMOS) en concepto de daños derivados de los costes incurridos por Ferrocarriles del Suroeste, S.A., como consecuencia de la celebración de los contratos de financiación;

»b) 1.018.567 € (UN MILLÓN DIECIOCHO MIL QUINIENTOS SESENTA Y SIETE EUROS) en concepto de daños derivados de los costes incurridos por Ferrocarriles del Suroeste, S.A. como consecuencia del pago de las cuotas de los Contratos de Leasing;

»c) 34.805,69 € (TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CINCO EUROS CON SESENTA Y NUEVE CÉNTIMOS) en concepto de daños derivados de los costes incurridos por Ferrocarriles del Suroeste, S.A. como consecuencia de la suscripción del Contrato de Préstamo; y

»d) 1.518.647,53 € (UN MILLÓN QUINIENTOS DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y SIETE EUROS CON CINCUENTA Y TRES CÉNTIMOS) en concepto de daños derivados de los costes incurridos por Ferrocarriles del Suroeste, S.A. como consecuencia de las liquidaciones practicadas en relación con los Contratos de Cobertura de Tipos de Interés.

»5. Declare que, como consecuencia de la resolución del contrato de compraventa, Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. está obligada a abonar a Ferrocarriles del Suroeste, S.A. los daños que se correspondan con las liquidaciones practicadas por Caixa D'Estalvis i Pensions de Barcelona y Banco de

Andalucía, S.A., con base en los Contratos de Cobertura de Tipos de Interés celebrados por mi mandante con esas entidades y que se verifiquen con posterioridad a la presentación de esta demanda, hasta la cancelación de estos contratos.

»6. Declare que, como consecuencia de la resolución del contrato de compraventa, Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. está obligada a abonar a Ferrocarriles del Suroeste, S.A. los daños que se correspondan con el coste de cancelación de los Contratos de Cobertura de Tipos de Interés cuando, como consecuencia de esa cancelación, estos queden definitivamente cuantificados, en virtud de lo previsto en el artículo 219.3 de la LEC ;

»7. Declare que Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. está obligada a abonar a Ferrocarriles del Suroeste, S.A. la cantidad de 1.634.150 € (UN MILLÓN SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL CIENTO CINCUENTA EUROS), en concepto de penalización por retraso en la entrega de las Locomotoras, según lo dispuesto en la cláusula 17.2 del Contrato de Compraventa;

»8. Condene a Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A., a entrar y pasar por la resolución indicada en el apartado 2 anterior;

»9. Condene a Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. a restituir a Ferrocarriles del Suroeste, S.A. el importe del precio pagado anticipadamente por mi mandante, cuya cuantía asciende a 9.154.800 € (NUEVE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS EUROS);

»10. Condene a Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. a pagar el importe de los daños causados a mi mandante que ascienden a:

«a) 442.364,77 € (CUATROCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO EUROS CON SETENTA Y SIETE CÉNTIMOS) en concepto de daños derivados de los costes incurridos por Ferrocarriles del Suroeste, S.A. como consecuencia de la celebración de los contratos de financiación;

«b) 1.018.567 € (UN MILLÓN DIECIOCHO MIL QUINIENTOS SESENTA Y SIETE EUROS) en concepto de daños derivados de los costes incurridos por Ferrocarriles del Suroeste, S.A. como consecuencia del pago de las cuotas de los Contratos de Leasing;

«c) 34.805,69 € (TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CINCO EUROS CON SESENTA Y NUEVE CÉNTIMOS) en concepto de daños derivados de los costes incurridos por Ferrocarriles del Suroeste, S.A. como consecuencia de la suscripción del Contrato de Préstamos; y

«d) 1.518.647,53 € (UN MILLÓN QUINIENTOS DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y SIETE EUROS CON CINCUENTA Y TRES CÉNTIMOS) en concepto de daños derivados de los costes incurridos por Ferrocarriles del Suroeste, S.A. como consecuencia de las liquidaciones practicadas en relación con los Contratos de Cobertura de Tipos de Interés.

»11. Condene a Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. a abonar a Ferrocarriles del Suroeste, S.A. los daños que se correspondan con las liquidaciones practicadas por Caixa D'Estalvis i Pensions de Barcelona y Banco de Andalucía con base en los contratos de Cobertura de Tipos de Interés celebrados por mi mandante con esas entidades, y que deberán ser objeto de cuantificación ex artículo 219.1 *in fine* de la LEC - mediante la presentación por parte de Ferrocarriles del Suroeste, S.A. de los justificantes elaborados por las entidades financieras, constituyendo esas liquidaciones las bases conforme a las cuales se ha de determinar el importe de esta condena.

»12. Condene a Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. a abonar los daños derivados de la resolución de los Contratos de Cobertura de Tipos de Interés que habrían de quedar definitivamente cuantificados cuando estos se resuelvan; esta parte, al amparo del art. 219.3 de la LEC , hace expresa reserva de liquidación para ese momento, de modo que la cifra a la que ascienden los daños será determinada en un procedimiento declarativo posterior;

»13. Condene a Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. a abonar a Ferrocarriles del Suroeste, S.A. la cantidad de 1.634.150 € (UN MILLÓN SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL CIENTO CINCUENTA EUROS), en concepto de penalización por retraso en la entrega de las Locomotoras, devengada según lo dispuesto en la cláusula 17.2 del Contrato de Compraventa.

»14 . Condene a Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. a abonar los intereses legales devengados sobre las cantidades anteriores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.108 del CC a partir de la fecha de presentación de esta demanda.

»15. Condene a Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. a pagar a Ferrocarriles del Suroeste, S.A. las costas causadas en el presente procedimiento». . 2.- La demanda fue presentada el 1 de septiembre de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Tolosa y fue registrada con el núm. 392/2011 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. José Ignacio Otermín Garmendia, en representación de la sociedad Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A., referida en lo sucesivo, como «CAF», contestó a la demanda mediante escrito en el que solicita:

«dicte en su día sentencia por cuya virtud:

»i. Desestime en su totalidad la demanda interpuesta por FESUR contra mi representada, y condene a la sociedad actora al abono de las costas procesales.

»ii. En defecto de lo anterior, con carácter subsidiario y para el supuesto de que se estime la demanda interpuesta por FESUR contra mi representada, condene a CAF simplemente a la restitución de las cantidades debidas en concepto de precio anticipado, desestimando expresamente la procedencia de abonar a FESUR todas las cantidades que se reclaman en concepto de daños y perjuicios y de pena moratoria sin condena en costas».

En el «OTROSÍ», se formula reconvencción contra FESUR, contra Grupo Alfonso Gallardo, S.L. y contra Gea 21, S.A. y solicitaba: «dicte sentencia estimando la reconvencción formulada y:

»i. Declare la plena vigencia del Contrato de Suministro y condene a FESUR a estar y a pasar por esta declaración.

»ii. Declare que FESUR ha incumplido las obligaciones de aprobación del estudio de seguridad contra incendios y de aceptación de los riesgos exportados, exigidas para la homologación de las locomotoras con arreglo al Contrato y a la normativa técnica aplicable.

»iii. Condene a FESUR a cumplir las obligaciones a las que se refiere el apartado anterior en el plazo prudencial que al efecto se fije por parte del Juzgado, que no deberá ser superior en todo caso a quince días teniendo en cuenta que lo que se requiere es simplemente que FESUR manifieste su voluntad respecto de dos extremos que conoce con todo detalle desde el día 3 de septiembre de 2010.

»iv. Condene a FESUR, una vez finalizado el proceso de homologación de las locomotoras y obtenidas por parte de CAF las autorizaciones de puesta en servicio y de circulación de las mismas, a recibirlas provisionalmente, y a satisfacer a mi mandante la parte del precio pendiente de pago por importe de 21.361.200 euros.

»v. Subsidiariamente respecto de la anterior solicitud, condene a Grupo Alfonso Gallardo y a GEA 21, en su condición de fiadores de FESUR (a cada uno de ellos al 50 por 100, en los términos de la garantía personal constituida) al pago de la parte pendiente del precio por importe de 21.361.200 euros, de no proceder FESUR al pago de la misma.

»vi. Condene a FESUR a pagar, en concepto de indemnización de daños y perjuicios (daño emergente), el importe de los gastos asociados al depósito de las locomotoras por el período transcurrido desde la fecha en que hubieran podido entregarse, de no haber mediado el incumplimiento de las obligaciones contempladas en el apartado ii anterior, hasta su efectiva recepción provisional por parte de la sociedad reconvenida, calculados conforme a las bases que figuran en el hecho segundo de esta reconvencción.

»vii. Subsidiariamente respecto de la anterior solicitud condene a Grupo Alfonso Gallardo y a GEA 21, en su condición de fiadores de FESUR (a cada uno de ellos al 50 por 100, en los términos de la garantía personal constituida) al pago de la anterior cantidad, de no proceder FESUR al pago de la misma.

»viii. Condene a FESUR a pagar, en concepto de indemnización de daños y perjuicios (lucro cesante), los intereses del precio pendiente por el período transcurrido desde la fecha en que las locomotoras hubieran podido entregarse hasta su efectiva recepción provisional, y al pago del beneficio industrial asociado a la ejecución del Contrato de Mantenimiento por dicho período, calculados ambos conceptos conforme a las bases que figuran en el hecho segundo de esta reconvencción.

»ix. Subsidiariamente respecto de la anterior solicitud, condene a Grupo Alfonso Gallardo y a GEA 21, en su condición de fiadores de FESUR (a cada uno de ellos al 50 por 100, en los términos de la garantía personal constituida) al pago de las anteriores cantidades, de no proceder FESUR al pago de la misma.

»x. Condene a FESUR, a Grupo Alfonso Gallardo y a GEA 21 a satisfacer las costas de la reconvencción».

4.- La procuradora D.^a M.^a del Carmen Chimeno Rodríguez, en representación de Ferrocarriles del Suroeste, S.A., contesta a la demanda reconvenccional en términos de oposición a la reconvencción formulada por Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A., en los que solicita «desestimar las pretensiones que articula la reconviniente frente a Ferrocarriles del Suroeste, S.A.. Todo ello con expresa condena a

Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. a abonar a mi representada las costas de la instancia».

Asimismo, dicha procuradora en representación de Grupo Alfonso Gallardo, S.L. (en lo sucesivo, «GAG»), contesta a la demanda reconvenccional en términos de oposición y previos los trámites oportunos, solicita: «dicte sentencia desestimatoria, por completo, de la demanda presentada, con expresa condena en costas a la parte demandante»

La procuradora D.^a Pilar Galarza Elola en representación de GEA 21, S.A., contesta también en termino de oposición a la demanda reconvenccional de juicio ordinario y, previos los trámites oportunos, solicita: «dicte en su día sentencia que desestime la demanda reconvenccional, con expresa condena en costas en el procedimiento a la demandada-reconviniente».

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Tolosa dictó sentencia de fecha 27 de noviembre de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO

»PRIMERO.- DEMANDA.- Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda formulada por el procurador Sr. Fernando Castro Mocochoa en nombre y representación de Ferrocarriles del Suroeste, S.A. (FESUR) contra Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles (CAF) representado por el procurador Sr. José Ignacio Otermín Garmendia CARRILLO y en consecuencia debo condenar y condeno a éste último:

» 1.- Se declara que Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. ha incumplido GRAVE Y PERSISTENTEMENTE el contrato de compraventa firmado el cuatro de septiembre de dos mil siete celebrado con Ferrocarriles del Suroeste, S.A..

» 2.- Se declara la validez de la resolución del contrato de compraventa instada parcialmente con fecha treinta de septiembre de dos mil diez.

» 3.- Se declara que como consecuencia de la resolución del contrato de compraventa, Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles del Suroeste, S.A. está obligada a restituir Ferrocarriles del Suroeste, S.A. el importe pagado anticipadamente cuya cuantía asciende a 9.154.800 € (NUEVE MIL CIENTO CINCUENTA Y CUATRO EUROS CON OCHOCIENTOS EUROS). » 4.- Se declara que como consecuencia de la resolución del contrato de compraventa Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A., está obligada a indemnizar a Ferrocarriles del Suroeste, S.A. el importe de los daños causados que ascienden a los siguientes importes en los siguientes conceptos:

»-442.364,77 € (CUATROCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO EUROS CON SETENTA Y SIETE CÉNTIMOS) como daños derivados de los costes incurridos por la celebración de los contratos de financiación.

»-1.018.567 € (UN MILLÓN DIECIOCHO MIL EUROS CON QUINIENTOS SESENTA Y SIETE EUROS) como daños derivados de los costes incurridos por la celebración de los contratos de leasing.

»-34.805,69 € (TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CINCO MIL CON SESENTA Y NUEVE EUROS) como daños derivados de los costes incurridos por la celebración de los contratos de préstamo.

»-1.518.647,53 € (UN MILLÓN QUINIENTOS DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y SIETE EUROS CON CINCUENTA Y TRES EUROS) como daños derivados de los costes incurridos por las liquidaciones de los contratos de cobertura de tipos de interés.

» 5.- Se declara que como consecuencia de la resolución del contrato Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. está obligada a abonar a Ferrocarriles del Suroeste, S.A. los daños derivados de las liquidaciones practicadas por Caixa D'Estalvis i Pensions de Barcelona y Banco de Andalucía, S.A. con base en los contratos de cobertura de tipos de interés celebrados por FESUR, con esas entidades y que se verifiquen con posterioridad a la presentación de la demanda, hasta la cancelación de estos contratos.

» **6.-** Se declara que como consecuencia de la resolución del contrato Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. está obligada a abonar a Ferrocarriles del Suroeste, S.A. los daños derivados del conste de cancelación de los contratos de cobertura de tipos de interés cuando como consecuencia de esa cancelación, estos quedan definitivamente cuantificados, por el 219.3 LEC.

» **7.-** Se declara que Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. está obligada a abonar a Ferrocarriles del Suroeste, S.A. la cantidad de 1.634.150 € UN MILLÓN SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL CIENTO CINCUENTA EUROS, en concepto de penalización por retraso en la entrega de las locomotoras, según lo dispuesto en la cláusula 17.2 del contrato de compraventa.

» **8.-** Se condena a Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A., a estar o pasar por la resolución indicada en el apartado 2 anterior.

» **9.-** Se condena a Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. a restituir a Ferrocarriles del Suroeste, S.A. el importe del precio pagado anticipadamente a por FESUR, cuya cantidad asciende a 9.154.800 € (NUEVE MIL CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS EUROS).

» **10.-** Se condena a Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. a pagar el importe de los daños causados a FESUR que ascienden a:

»a. 442.364,77 € CUATROCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO EUROS CON SETENTA Y SIETE CÉNTIMOS, en concepto de daños derivados de los costes incurridos por Ferrocarriles del Suroeste, S.A. como consecuencia de los contratos de financiación.

»b. 1.018.567 € UN MILLÓN DIECIOCHO MIL QUINIENTOS SESENTA Y SIETE EUROS en concepto de daños derivados de los costes incurridos por Ferrocarriles del Suroeste, S.A. como consecuencia del pago de las cuotas de los contratos de leasing.

»c. 34.805,69 € TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CINCO EUROS CON SESENTA Y OCHO CÉNTIMOS en concepto de daños derivados de los costes incurridos por Ferrocarriles del Suroeste, S.A. como consecuencia de las suscripción del contrato de préstamo.

»d. 1.518.647,53 € UN MILLÓN QUINIENTOS DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y SIETE EUROS CON CINCUENTA Y TRES EUROS en concepto de daños derivados de los costes incurridos por Ferrocarriles del Suroeste, S.A. como consecuencia de las liquidaciones practicada en relación con los contratos de cobertura de tipos de interés.

» **11.-** Se condene a Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. a abonar a Ferrocarriles del Suroeste, S.A. los daños que se correspondan con las liquidaciones practicadas por Caixa D'Estalvis i Pensions de Barcelona y Banco de Andalucía, con base en los contratos de cobertura de tipos de interés celebrados por FESUR con esas entidades y que deberán ser objeto de cuantificación por el 219 in fine LEX, mediante presentación por parte de FESUR de los justificantes elaborados por las entidades financieras, constituyendo esas liquidaciones las bases conforme a las cuales se ha de determinar el importe de la condena.

» **12.-** Se condene a Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. a abonar a Ferrocarriles del Suroeste, S.A. los daños derivados de la resolución de los contratos de cobertura de tipos de interés que habrían de quedar definitivamente cuantificados cuando estos se resuelvan, esta parte, al amparo del art. 219.3 LEC hace expresa reserva de liquidación para esos momentos, de modo que la cifra a la que ascienden los daños será determinada en un procedimiento declarativo posterior.

» **13.-** No se estima ni se condena a Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. a abonar a Ferrocarriles del Suroeste, S.A. la cantidad de 1.634.150 € UN MILLÓN SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL CIENTO CINCUENTA EUROS, en concepto de penalización por retraso de entrega de las locomotoras, devengada según lo dispuesto en la cláusula 17.2 del contrato de compraventa.

» **14.-** Se condena a Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. a abonar a Ferrocarriles del Suroeste, S.A. los intereses legales devengados sobre las cantidades anteriores estimadas, de conformidad al art. 1.108 del código civil a parte de la fecha de la presentación de esta demanda.

» **15.-** Se condena a Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. a abonar a Ferrocarriles del Suroeste, S.A. las costas del presente procedimiento dado que concurre estimación sustancial de la demanda.

» **SEGUNDO.- DEMANDA RECONVENCIONAL.** Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda reconvencional formulada por el procurador/a Sr./a. José Ignacio Otermín Garmendia en

representación de Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles (CAF) contra Ferrocarriles del Suroeste, S.A. (FESUR) Mocoroa y contra GEA 21 y Grupo Alfonso Gallardo representado por el procurador Sr. Fernando Castro dejando a estos últimos libres de los pedimentos de la primera.

»En cuanto a las costas serán impuestas a la reconviente de conformidad al fundamento noveno de derecho».

Mediante escrito de fecha 4 de diciembre de 2012, FESUR solicita corrección de errores tipográficos en diferentes apartados del fallo de la sentencia.

Se dictó Auto de fecha 5 de diciembre de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Tolosa, subsanando errores de transcripción del *petitum* de la demanda en la sentencia de 27 de noviembre de 2012, y cuya parte dispositiva es la que sigue:

«1.- SE ACUERDA rectificar el/la sentencia dictado/a en el presente procedimiento con fecha 30 DE NOVIEMBRE DE 2012 (sic.) en el sentido que se indica:

»FALLO:

»APARTADO SEGUNDO,

»Se declara la validez de la resolución del contrato de compraventa instada extrajudicialmente con fecha treinta de septiembre de dos mil diez.

»APARTADO TERCERO

»Se declara que como consecuencia de la resolución del contrato de compraventa, Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. está obligada a restituir a Ferrocarriles del Suroeste, S.A. el importe paga anticipadamente cuya cuantía asciende

a 9.154.800 € (NUEVE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS EUROS).

»APARTADO CUARTO

»Se subsana la errónea transcripción de las cantidades erróneas siendo estas finalmente:

»1.018.567 € (UN MILLÓN DIECIOCHO MIL QUINIENTOS SESENTA Y SIETE EUROS).

»34.805,69 € (TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CINCO CON SESENTA Y NUEVE CÉNTIMOS).

»1.518.647,53 € (UN MILLÓN QUINIENTOS DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y SIETE EUROS CON CINCUENTA Y TRES CÉNTIMOS).

»APARTADO NOVENO

»La cantidad referida queda transcrita como 9.154.800 € (NUEVE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS EUROS).

»APARTADO DÉCIMO

»c-34.805,69 € (TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CINCO CON SESENTA Y NUEVE CÉNTIMOS).

»d-1.518.647,53 € (UN MILLÓN QUINIENTOS DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y SIETE EUROS CON CINCUENTA Y TRES CÉNTIMOS)

»APARTADO DECIMOSEGUNDO

»[...] De oficio procede determinar subsanado y aclarado que en toda referencia a la representación de la entidad GEA 21, debe quedar determinado que su procuradora a efectos del actual proceso es PILAR GALARZA, subsánese esta representación en el encabezado y en el fallo de la sentencia».

El Procurador D. José Ignacio Otermín Garmendia en representación de CAF y mediante escrito de 4 de diciembre solicita se dicte auto aclarando, rectificando y subsanando el fallo de la sentencia dictada en el procedimiento de referencia, a lo que el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Tolosa, contesta mediante Auto de fecha 7 de diciembre de 2012 en cuya parte dispositiva se rechaza la aclaración y rectificación de dicha sentencia.

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- El procurador Sr. Castro Mocoeroa en representación de FESUR impugna el apartado 13 del fallo de la sentencia dictada en primera instancia e interpone recurso de apelación frente a dicha sentencia; del que desiste mediante escrito de 4 de febrero de 2013.

2.- La sentencia de primera instancia, fue recurrida en apelación por la representación de CAF. Dicho recurso fue inadmitido por extemporaneo y tras plantear recurso de queja contra la denegación del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Tolosa de admitir a trámite la apelación interpuesta, se ordenó la continuación de la tramitación del recurso de apelación que se había denegado. A su vez, FESUR impugnó la sentencia de primera instancia.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que lo tramitó con el número de rollo 2145/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 19 de julio de 2013, cuya parte dispositiva dispone:

« **FALLAMOS** : ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación de Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. contra la sentencia dictada el 27 de noviembre de 2012 por la Ilma. Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Tolosa en autos n.º 392/2011, aclarada posteriormente por auto de fecha 5 de diciembre de 2012, en autos, REVOCANDO la misma y, en su lugar, se dicta nueva sentencia por la que:

»1.- Se desestima la demanda interpuesta por Ferrocarriles del Suroeste, S.A. contra Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A., absolviendo a ésta última de los pedimentos formulados en la misma, sin expresa imposición a ninguna de las partes de las costas causadas.

»2.- Se estima parcialmente la demanda reconventional formulada por Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. contra Ferrocarriles del Suroeste, S.A., Grupo Alfonso Gallardo, S.A. y GEA 21, S.L.A. y se declara la plena vigencia del contrato de fabricación y suministro de nueve locomotoras Bitrac CC 3600 y piezas de parque suscrito por Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. y Ferrocarriles del Suroeste, S.A. con fecha 4 de septiembre de 2007, desestimando el resto de los pedimentos formulados en la misma, sin expresa imposición a ninguna de las partes de las costas causadas.

»No se efectúa imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en esta alzada derivadas del recurso de apelación interpuesto por Construcciones y auxiliar de Ferrocarriles, S.A. y se imponen a Ferrocarriles del Suroeste, S.A. las costas derivadas de su impugnación de la sentencia de instancia».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso por infracción procesal y recurso de casación*

1.- El procurador D. Fernando Castro Mocoeroa, en representación de

Ferrocarriles del Suroeste, S.A. («FESUR»), interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Motivo primero de infracción procesal.- Por el cauce del número 3.º del apartado 1 del artículo 469 de la LEC, al admitirse a trámite el recurso de apelación de CAF formulado frente a la resolución de primera instancia que fue interpuesto de forma extemporánea.

»Motivo segundo de infracción procesal.- Por el cauce del número 4.º del apartado 1 del artículo 469 de la LEC, por arbitrariedad en la apreciación de las pruebas, en relación con la conclusión que se recoge en la sentencia en el sentido de que FESUR no tuvo motivo para temer que CAF no fuera a entregar, en última instancia, las locomotoras.

»Motivo tercero de infracción procesal.- Por el cauce del número 4.º del apartado 1 del artículo 469 de la LEC, por incluir razonamientos arbitrarios, irrazonables o ilógicos, en relación con la conclusión que recoge la sentencia en el sentido de que FESUR no tenía motivos para temer que CAF no fuera a cumplir, en última instancia, sus obligaciones.

»Motivo cuarto de infracción procesal.- Por el cauce del número 4.º del apartado 1 del artículo 469 de la LEC, por arbitrariedad en la apreciación de las pruebas, en relación con la conclusión que recoge la sentencia sobre la falta de conocimiento y aceptación por parte de CAF del contenido de los distintos contratos de financiación.

»Motivo quinto de infracción procesal.- Por el cauce del número 4.º del apartado 1 del artículo 469 de la LEC, por arbitrariedad en la apreciación de las pruebas, en relación con la conclusión que recoge la sentencia sobre la ausencia de dolo por parte de CAF».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Motivo primero de casación.- Por el cauce del apartado 1 del artículo 477 de la LEC , por infracción de lo dispuesto en el artículo 1.281 (párrafo primero) del CC , en relación con la interpretación realizada por la Sala *a quo* de la Cláusula Vigésimoprimera del Contrato de Suministro.

»Motivo segundo de casación.- Por el cauce del apartado 1 del artículo 477 de la LEC , por infracción de lo dispuesto en el artículo 1.124 del CC , derivada de la desestimación de la acción de resolución contractual al considerar la Sala *a quo* que el retraso en la entrega de las locomotoras no facultaba a mi representada a resolver el Contrato de Suministro.

»Motivo tercero de casación.- Por el cauce del apartado 1 del artículo 477 de la LEC , por infracción de lo dispuesto en el artículo 1.257 del CC , en relación con los artículos 1.101 y 1.124 del CC , derivada de la desestimación de la acción de resolución contractual al considerar la Sala *a quo* que la resolución de los contratos de financiación no facultaban a mi representada a resolver el Contrato de Suministro.

»Motivo cuarto de casación.- Por el cauce del apartado 1 del artículo 477 de la LEC , por infracción de lo dispuesto en el artículo 1.101 del CC , derivada de la desestimación de la acción de reclamación de daños y perjuicios a pesar de haberse confirmado la existencia de incumplimiento por parte de CAF».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 23 de septiembre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«ADMITIR TANTO EL RECURSO DE CASACIÓN COMO EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuestos por la representación procesal de la mercantil "Ferrocarriles del Suroeste, S.A." contra la Sentencia dictada, en fecha 19 de julio de 2013, por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2.^a), en el rollo de apelación n.º 2145/2013 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 392/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Tolosa».

3- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación e infracción procesal, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 4 de enero de 2016, se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 23 de febrero de 2016, en que ha tenido lugar, no habiéndose dictado sentencia en el plazo establecido debido a la especial complejidad del asunto.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Fernando Pantaleón Prieto** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Para la resolución de los presentes recursos, debemos partir de los siguientes hechos relevantes acreditados en la instancia.

1. *El contrato de suministro de locomotoras y piezas de parque.*

El 4 de septiembre de 2007 la compañía «Ferrocarriles del Suroeste, S.A. (FESUR)» -participada por «Grupo Alfonso Gallardo, S.L.» y por «Gea 21, S.L.», titular cada una del 50% del capital social de FESUR- celebró con la compañía «Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. (CAF)» un contrato [en lo que sigue, el «Contrato de Suministro»], en cuya estipulación Primera, CAF se obligó a «fabricar y suministrar 9 locomotoras diésel-eléctricas para el transporte de mercancías y las Piezas de Parque correspondientes recogidas en el Anexo II, y a venderlas a FESUR», que se obligó a comprarlas.

Otras estipulaciones del Contrato de Suministro relevantes para resolver los presentes recursos son las siguientes:

(i) Plazos y condiciones de entrega.

En la estipulación Tercera se estableció un calendario para la entrega de las locomotoras, conforme al cuál, la primera locomotora debía entregarse a FESUR en noviembre de 2009 y la última en diciembre de 2010; y se pactó:

«Los plazos de entrega se entienden para las locomotoras, en orden de marcha, con las autorizaciones correspondientes, listas para prestar servicio.

»CAF y FESUR se comprometen, en caso de ser necesario el que esta última inicie el servicio comercial antes de tener en disposición las 2 primeras locomotoras, en buscar una solución en base a que FESUR pueda alquilar 2 locomotoras que le permitan de forma transitoria iniciar el citado servicio.

»Las piezas de Parque se entregarán junto con las locomotoras finalizando su entrega con la últimas de éstas».

(ii) Precio y condiciones de pago.

A tenor de la estipulación Cuarta:

«Los precios reflejados en la presente estipulación se aplican al suministro de las 9 locomotoras entendidos dichos precios para locomotoras terminadas, completamente equipadas, incluso con los equipos de a bordo de señalización definitivos en el D.T.L., incluidas las autorizaciones, validaciones y homologaciones de carácter legalmente obligatorio para circular, en definitiva aptas para su explotación comercial.

»El importe que FESUR abonará como contraprestación supone un precio unitario por locomotora de 3.220.000 euros (tres millones doscientos veinte mil €/locomotora), lo que para las 9 locomotoras resulta un importe total de 28.980.000

Euros (veintiocho millones novecientos ochenta mil euros).

»Se hace especial hincapié en que la locomotora será recepcionada cuando tenga todos los permisos necesarios para salir conducida en el momento de la recepción y poder empezar su explotación en vía.

»Este importe comprende todos los gastos y conceptos, con excepción del Impuesto sobre el Valor Añadido, que será incluido en la factura de forma desglosada, según su Ley Reguladora y Reglamento de Desarrollo, incluyendo expresamente todas las actividades de diseño, proyecto, montaje, suministro, equipamiento, puesta a punto y prueba de las locomotoras, documentación técnica, etc., así como el total de las actividades de cualquier tipo necesarias para la entrega, y todos los gastos inherentes a las autorizaciones y permisos de carácter obligatorio, además de los gastos de formación en la conducción de esas locomotoras por los maquinistas de FESUR.

»El importe total para las Piezas de Parque en la cantidad que se recoge en el Anexo II se establece en 1.536.000 €, IVA no incluido.

»Todos los precios indicados son fijos e irrevisables para la totalidad del suministro».

FESUR se obligó, pues, a pagar un precio total de 30.516.000 euros por las 9 locomotoras y las piezas de parque.

En la estipulación Sexta se acordó que la entrega del 30% de dicho precio total se efectuaría en el momento de la suscripción del Contrato del Suministro; y efectivamente FESUR pagó a CAF, en concepto de precio anticipado, la cantidad de 9.154.800 euros. La entrega del 70% restante del precio de las locomotoras tendría lugar en la fecha de la recepción provisional de cada una de ellas; y la entrega del 70% restante del precio de las piezas de parque se produciría al finalizar el período de garantía de las locomotoras, con un tope máximo de 3 años desde la recepción provisional de la última.

(iii) Indemnización de daños y perjuicios y penalizaciones por demora.

A tenor de la estipulación 17.1: «CAF será responsable de cuantos daños y perjuicios se causen durante la vigencia del presente Contrato por causas a ella imputables».

En la estipulación 17.2, titulada «Penalizaciones por demora», se convino:

«En caso de demora sobre el plazo fijado para la entrega de las locomotoras por causa imputable a CAF, se aplicará una penalización del 3,5 % calculada sobre el importe de cada locomotora por cada semana completa de retraso».

Y según la estipulación 17.4, titulada «Tope máximo de penalizaciones e indemnizaciones a aplicar al suministro»:

«El tope máximo de indemnizaciones y de penalizaciones económicas a aplicar por todos los conceptos, será del 10% del importe total del Contrato de suministro del material contratado».

(iv) Resolución.

En la estipulación Vigésimoprimera, titulada «Resolución del contrato», se pactó lo siguiente:

«FESUR podrá resolver de pleno derecho el Contrato de suministro de locomotoras en caso de incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones que CAF asuma en el mismo, y en particular, en los siguientes casos:

»Transcurrido el plazo de 6 meses desde el inicio de las pruebas y por causas imputables a CAF sin resultados satisfactorios.

»Rebase del tope del 10% del importe del Contrato de suministro de locomotoras por todos los conceptos de penalización recogidos en la estipulación DECIMOSEXTA [*rectius*: DECIMOSÉPTIMA].

»La resolución del Contrato producirá los siguientes efectos:

»Suspensión del abono de todos los pagos de facturación pendientes.

»Aplicación de las penalizaciones económicas que correspondan.

»Todo ello con independencia de la facultad reservada a FESUR de ejercitar las acciones que le correspondan por todos los conceptos.

»CAF podrá resolver de pleno derecho el presente Contrato de suministro de locomotoras en caso de incumplimiento grave y/o reiterado de las obligaciones que FESUR ha asumido en el mismo.

»En todos los supuestos indicados, para proceder a la Resolución del Contrato, en la parte que corresponda, y por cualquiera de las partes señaladas, se deberá notificar su intención de proceder a la misma, con un plazo de preaviso mínimo de 2 meses, a fin de que durante este periodo se puedan efectuar las alegaciones o justificaciones que resultaran procedentes».

(v) Novación.

Conforme a la estipulación Vigésimosexta, titulada «Novación»:

«La totalidad de las obligaciones, pactos y condiciones establecidas en este Contrato, no podrán ser notificadas o novadas, sino en virtud de un acuerdo específico celebrado por las mismas partes otorgantes.

»En consecuencia, las cartas y escritos que se crucen entre LAS PARTES carecerán de fuerza novadora y modificativa de las obligaciones del presente Contrato si no han sido suscritas y autorizadas por medio de representantes legales o Apoderados debidamente facultados para ello».

2. Los contratos de financiación .

El 22 de diciembre de 2008 FESUR celebró una serie de contratos con determinadas entidades financieras con la finalidad de financiar, durante 15 años aproximadamente (hasta el 1 de octubre de 2025), el coste de adquisición de las locomotoras.

La referida estructura de financiación estaba compuesta por los siguientes contratos: (i) el Contrato de Cesión; (ii) los Contratos de Leasing; (iii) el Contrato de Crédito; y (iv) los Contratos de Cobertura de tipos de interés. En lo que sigue, denominaremos conjuntamente a todos ellos los «Contratos de Financiación».

(i) En virtud del Contrato de Cesión, celebrado por Banco Popular Español, S.A. [en adelante, Banco Popular], FESUR y CAF, el Banco se colocaba en la posición de FESUR en el Contrato de Suministro para volver a ceder a FESUR, en el mismo acto, los derechos y obligaciones derivados del propio Contrato de Suministro, con determinadas excepciones, a las que se aludía como «Exclusiones», y entre las que se encontraban la obligación de pagar el precio a CAF, la propiedad de las locomotoras y las piezas de parque, y la facultad de resolución del contrato por incumplimiento: estos derechos y obligaciones seguían siendo de titularidad del Banco Popular, quien tendría derecho a cederlos a FESUR «[e]n el caso de que se produjera la resolución anticipada por cualquier causa de cualquiera de los contratos de Leasing, del Contrato de Crédito o de los Contratos de Cobertura [...]» (cláusula Octava del citado Contrato de Cesión).

(ii) Banco Popular y FESUR suscribieron en el mismo acto diez Contratos de Leasing (uno por cada locomotora y uno para las piezas de parque). El apartado a) de la cláusula 17.1 de dichos Contratos facultaba al arrendador (esto es, a Banco Popular) a declarar el vencimiento anticipado para el supuesto de que los bienes objeto de arrendamiento (esto es, las locomotoras) no hubieran sido entregados al arrendatario (esto es, a FESUR) en el plazo máximo de 6 meses a contar desde las fechas de entrega previstas en el Contrato de Suministro.

(iii) El Contrato de Crédito, celebrado entre FESUR, La Caixa y Banco de Andalucía -hoy Banco Popular- tenía como objetivo financiar los pagos debidos por FESUR a Banco Popular en virtud de los Contratos

de Leasing mencionados en el subapartado anterior. La cláusula 16, en su apartado n), facultaba a las entidades financieras a resolver anticipadamente el referido Contrato de Crédito en el caso de que la entrega de cualquiera de las locomotoras no se hubiera producido antes de los 6 meses siguientes a las respectivas fechas de entrega según el Contrato de Suministro.

(iv) Finalmente, FESUR y Banco de Andalucía, por un lado, y FESUR y La Caixa, por otro, celebraron Contratos de Cobertura de los tipos de interés, como complemento al Contrato de Crédito explicado en el subapartado anterior. En los Contratos de Cobertura (Apartado 13.º del Anexo I) se contemplaba como causa de vencimiento anticipado la resolución anticipada de cualquiera de los otros Contratos de Financiación, a los que acabamos de referirnos.

No se ha considerado probado que CAF -que sólo fue parte en el Contrato de Cesión- conociera los concretos términos y condiciones de los Contratos de Leasing, el Contrato de Crédito y los Contratos de Cobertura de tipos de interés.

3. La propuesta por CAF a FESUR de un nuevo calendario de entregas.

La falta de novación de los plazos.

Mediante comunicaciones de fechas 18 de mayo y 28 de julio de 2009, CAF manifestó a FESUR la necesidad de reprogramar el calendario contractual de entrega de las locomotoras: en concreto, propuso que la primera locomotora se entregase en mayo de 2010, es decir, 6 meses después del plazo, noviembre de 2009, pactado en el Contrato de Suministro.

FESUR no aceptó expresamente la novación de los plazos propuesta; lo que, conforme a la estipulación Vigésimosexta del Contrato de Suministro habría exigido un acuerdo específico al respecto que no se documentó y que, durante la vigencia del Contrato de Cesión entre el Banco Popular, FESUR y CAF, habría exigido la conformidad de éste.

4. Las comunicaciones entre FESUR y CAF sobre los plazos de entrega.

A lo largo de 2009 y de 2010, FESUR envió diversas comunicaciones por correo electrónico a CAF, mostrando su preocupación por los plazos de entrega de las locomotoras y expresando la importancia que tenía el cumplimiento de los mismos para el buen fin de los Contratos de Financiación.

El 28 de mayo de 2009 don Víctor Manuel , Director General de FESUR, remitió una comunicación a CAF del siguiente tenor:

«Tras la reunión mantenida el pasado martes, en la que os mostramos nuestra preocupación por la fecha de entrega de las locomotoras, aún no hemos recibido comunicación oficial de entrega de la primera locomotora en fecha estipulada en contrato, ni retraso de la misma. Por lo que entendemos formalmente que las fechas fijadas se mantienen.

»Teniendo en cuenta lo comentado en la citada reunión, os rogaría nos hiciérais llegar una comunicación oficial por parte de CAF (del Departamento Comercial) acerca del mantenimiento de las fechas de entrega o si existe; de las fechas de un posible retraso, y de cómo afecta dicho retraso a nuestro contrato, posibles soluciones y propuestas para su negociación.

»Como responsable de FESUR, he de hacer especial hincapié en la profundidad del asunto, ya que nuestro contrato de compraventa de locomotoras está cedido a los bancos que han financiado la operación de compra de locomotoras, y son ellos quienes denunciarán el cumplimiento de las cláusulas incluidas en el contrato.

»Os hago partícipes de la preocupación que tenemos desde FESUR, y de la gravedad del asunto si es que existe retraso en las fechas de entrega de la primera locomotora Bitrac CC3600. [...]

»Transmito con este email, aunque sea de manera informal, el sentir que tiene FESUR y sus accionistas, en solucionar el posible problema que se le puede plantear a CAF por un posible retraso, mostrando nuestra intención de ayudar en todo lo que sea posible y esté en nuestras manos».

El 2 de agosto de 2009 el Vicepresidente de FESUR, don Santos , envió una comunicación a CAF conteniendo, entre otras, las afirmaciones siguientes:

«Las condiciones de homologación no han cambiado en nada desde la firma del contrato. Por tanto, no cambian nada las condiciones contractuales en cuanto a los plazos de entrega.

»Otra cosa es que podamos llegar a un acuerdo en cuanto a que las locomotoras se entreguen con el retraso que nos indicas, y reiteramos nuestra disposición a llegar a un acuerdo, retrasando sobre plazos ciertos las puestas en servicio de los tráficos, así como la construcción de nuestro taller de vagones que nos serviría para el mantenimiento a primer nivel de las locomotoras. El único problema es el de la financiación, y tenemos que ver con los Bancos si no existe ningún problema si las entregas programadas van más allá de los 6 meses en cada entrega. Este es el punto realmente importante desde la óptica de la financiación; y ya veríamos la forma de salvarlo si al final existe alguna demora superior a los 6 meses [...]».

El 21 de diciembre de 2009 el Director General de FESUR envió a CAF una comunicación del siguiente tenor [mayúsculas en el original]:

»NECESITABA URGENTEMENTE EL INFORME ACERCA DE LAS PRUEBAS DE HOMOLOGACIÓN.

»NECESITO URGENTE EL INFORME ACERCA DE LA MARCHA DE LAS PRUEBAS DE HOMOLOGACIÓN Y UNA FECHA ESTIMADA PARA SU FINALIZACIÓN.

»NO ME SIRVEN MÁS EXCUSAS. FECHA DE FINALIZACIÓN REAL O ESTIMADA A DÍA DE HOY MÁS INFORME.

»ENTRE TU Y YO EL ASUNTO ME ESTA PARECIENDO YA POCO PROFESIONAL POR PARTE DE CAF.

»LO SIENTO PERO EL SIGUIENTE ESCRITO LO TENDRÉ QUE ENVIAR A VUESTRO PRESIDENTE Y CONSEJERO DELEGADO. VAYA FORMA DE TRATAR A LOS CLIENTES».

El 31 de enero de 2010 FESUR solicitó una reunión de trabajo urgente en la que se tratarían las repercusiones contractuales del retraso.

El 16 de febrero siguiente FESUR volvió a solicitar explicaciones sobre la situación en la que se encontraban las pruebas de fiabilización, señalando que lo necesitaba para justificar los retrasos ante los Bancos.

El 1 de marzo de 2010 don Carlos Alberto , Director Comercial del Área Sur de CAF, envió una carta a don Víctor Manuel , Director General de FESUR, en la que le trasladó las informaciones siguientes:

»En relación con la puesta en servicio de las locomotoras BITRAC CC 3600, objeto del contrato de fecha 4 de Septiembre de 2007, establecido entre FESUR y CAF, y como contestación a su solicitud de que les indiquemos las circunstancias que se han producido durante el proceso para la puesta en servicio de las locomotoras, les trasladamos los hechos relevantes que está condicionando dicha puesta en servicio. Básicamente el hecho a destacar, es el marco normativo bajo el que se está efectuando la homologación de las locomotoras y a la complejidad burocrática del mismo. [...]

»SITUACIÓN FABRICACIÓN LOCOMOTORAS

»En estos momentos la fabricación sigue su curso normal, si bien sometida a las circunstancias de la propia homologación. La situación es la siguiente :

»Locomotora nº 1: Fuera de fábrica y elaborándose la documentación exigida, que permita comenzar los kilómetros de fiabilización.

»Locomotora nº 2: Prevista la finalización de pruebas para finales de Marzo. Quedaría a expensas de la finalización de las pruebas de homologación de la locomotora nº 1.

»Locomotora nº 3: Prevista la finalización de pruebas en fabrica para finales de Marzo. En esta fecha se presentaría el dossier para la salida en vía. A partir de entonces quedaría pendiente de las pruebas en vía, así como de la finalización de las pruebas de homologación de la locomotora nº 1.

»Resto de locomotoras: En proceso de fabricación.

»Hemos de destacar que las circunstancias anteriores, como consecuencia de la aplicación de un procedimiento de homologación de este tipo por primera vez en España, en el que la normativa específica se generaba a lo largo de todo el proceso, ha generado en la mayoría de los contratos de vehículos que prestan servicio en la Red de Interés General, como es el caso de las locomotoras, desplazamientos entre las fechas previstas para la puesta en servicio de los vehículos y las fechas reales [...]».

En cuanto a la referencia a la normativa de homologación expresada en la carta que acaba de reproducirse, procede mencionar que consta acreditado que, en la fecha de celebración del Contrato de

Suministro, la normativa reguladora de las condiciones para la homologación del material rodante ferroviario aplicable era la NTC MA 001 de 2004; que, sin embargo, CAF aceptó libremente someter el procedimiento de homologación de las locomotoras a la nueva NTC MA 001 de 2007, asumiendo la carga que ello pudiera suponer.

El 4 de marzo de 2010 el Director General de FESUR remitió a CAF una comunicación del siguiente tenor:

«Sólo nos falta una información fundamental que necesitamos para renovar los calendarios de la financiación, y es la fecha de entrega estimada de las 9 locomotoras».

En la mencionada comunicación, el Director General de FESUR pedía una fecha de entrega optimista, una fecha de entrega en condiciones normales y una fecha de entrega pesimista.

CAF no dio respuesta a dicha petición.

En mayo de 2010, es decir, en la fecha que CAF había señalado para la entrega a FESUR de la primera locomotora en la propuesta de nuevo calendario de entregas a la que nos hemos referido en el anterior apartado 3, la locomotora no fue entregada.

5. La resolución por FESUR del Contrato de Suministro .

El 25 de agosto de 2010 Banco Popular notificó a FESUR que declaraba resueltos los Contratos de Leasing y el Contrato de Crédito, en aplicación de las cláusulas de vencimiento anticipado antes mencionadas, al haberse producido un retraso superior a 6 meses sobre la fecha prevista en el Contrato de Suministro para la entrega de las primeras locomotoras; y en esa misma fecha, Banco Popular comunicó a FESUR el ejercicio de su facultad de ceder a ésta las Exclusiones convenidas en el Contrato de Cesión.

El 24 de septiembre de 2010 se formalizó la cesión de las Exclusiones, por lo que FESUR recuperó la facultad de resolver el Contrato de Suministro que Banco Popular se había reservado en el Contrato de Cesión.

El 30 de septiembre de 2010 FESUR remitió a CAF por conducto notarial una carta comunicándole la resolución del Contrato de Suministro. Señaló, como causa de la resolución, el incumplimiento por parte de CAF de la obligación de entrega de las dos primeras locomotoras, excediéndose en más de seis meses de las fechas de entrega pactadas en el Contrato de Suministro; y que ese retraso había provocado -como FESUR dejó expuesto en la misma carta con referencia a la resolución por Banco Popular de los Contratos de Leasing y el Contrato de Crédito, que había dado lugar a que FESUR recuperara la facultad de resolver el Contrato de Suministro cedida al Banco en el Contrato de Cesión- la cancelación anticipada de la financiación externa con la que FESUR contaba para atender las obligaciones de pago asumidas en el Contrato de Suministro, y sin la que le era imposible cumplirlas.

6. La respuesta de CAF a la resolución por parte de FESUR.

Como respuesta a la referida declaración de resolución, CAF, mediante comunicación dirigida a FESUR con fecha 1 de diciembre de 2010, requirió a ésta para que procediese a levantar, junto a CAF, las actas de recepción provisional correspondientes a 8 locomotoras; y mediante otra comunicación de fecha 30 de diciembre de 2010, manifestó a FESUR que ponía a su disposición todas las (9) locomotoras, así como las piezas de parque objeto de Contrato de Suministro, requiriéndole por un plazo improrrogable de siete días a partir de su recepción para el levantamiento de las actas de recepción provisional.

Ahora bien, el 30 de diciembre de 2010 ninguna de las locomotoras había obtenido aún la autorización de puesta en servicio. Para una mejor comprensión de lo que ello significa, conviene exponer los hitos fundamentales del proceso de homologación de las locomotoras:

1.º) Autorización de puesta en servicio: determina que el material rodante puede circular por la red ferroviaria de interés general. Se emite por la Dirección General de Ferrocarriles del Ministerio de Fomento, una vez que se ha obtenido un informe de validación favorable del organismo de certificación (CETREN), que acredita el cumplimiento de la normativa técnica aplicable al vehículo ferroviario objeto de homologación. Esta autorización muestra que el material cumple con la normativa y es compatible con la infraestructura.

2.º) Prueba de fiabilización: recorrido que los vehículos ferroviarios tienen que realizar para obtener la autorización de circulación. En el presente caso se fijó que fuera de 60.000 kms.

3.º) Autorización de circulación: una vez superado el recorrido fijado, y tras haber obtenido un informe favorable del organismo de certificación que supervisa esta prueba, el ADIF emite la autorización de

circulación, que muestra que el material cumple con la normativa existente, es compatible con la infraestructura y circula sin incidencias, por lo que puede circular en servicio comercial.

7. La interposición de la demanda por FESUR y la reconvencción de CAF.

El 29 de julio de 2011 FESUR interpuso contra CAF la demanda iniciadora del presente proceso; a la que CAF contestó el 11 de octubre de 2011, formulando a su vez reconvencción contra FESUR, Grupo Alfonso Gallardo y Gea 21. Las peticiones de una y otra han quedado expuestas en los Antecedentes de Hecho de esta sentencia.

Consta acreditado que ese 11 de octubre de 2011 ninguna locomotora había obtenido todavía la autorización de puesta en servicio; que fue después, el 21 de diciembre de 2011, cuando la Dirección General competente concedió la autorización de puesta en servicio de la locomotora 1; y que el 15 de febrero de 2012 podían considerarse aptas para la autorización de puesta en servicio las locomotoras 2, 3, 5 y 6 quedando las locomotoras 4, 7, 8 y 9 pendientes de decidir sobre las características a reevaluar.

Ha afirmado CAF, en su escrito de oposición a los recursos sobre los que esta Sala debe decidir, que el 15 de febrero de 2012 se obtuvo la autorización de circulación de la locomotora 1, y que con posterioridad a la fecha de la audiencia previa se homologó otra de las locomotoras.

8. La sentencia de primera instancia.

El Juzgado dictó sentencia en la que, estimando parcialmente la demanda de FESUR, declaró la validez de la resolución del Contrato de Suministro instada extrajudicialmente por FESUR el 30 de septiembre de 2010, y condenó a CAF a restituir la cantidad de 9.154.800 euros pagada anticipadamente por FESUR, así como a abonar a ésta las indemnizaciones de daños y perjuicios solicitadas; pero desestimó la petición de condena a CAF a pagar la cantidad de 1.634.150 euros en concepto de penalización por retraso. Esto último -número 13 del apartado Primero del fallo-, en patente contradicción con el pronunciamiento contenido en el número 7 del mismo apartado del fallo, en el que se declaraba que CAF estaba obligada a abonar a FESUR dicha cantidad por el expresado concepto.

El Juzgado desestimó íntegramente la demanda reconvenccional de CAF.

Es conveniente transcribir las argumentaciones contenidas en la sentencia de que se trata a propósito de (i) la conformidad a Derecho de la resolución del Contrato de Suministro y (ii) la condena a CAF a pagar las indemnizaciones de los daños y perjuicios causados a FESUR.

(i) Sobre la procedencia de la resolución ejercitada extrajudicialmente por FESUR, el Juzgado basó su decisión en que la estipulación Vigésimoprimera del Contrato de Suministro contempló como causa de resolución: «Transcurrido el plazo de 6 meses desde el inicio de las pruebas y por causas imputables a CAF sin resultados satisfactorios»; en el carácter esencial de los plazos pactados para la entrega de las locomotoras; y en la gravedad del incumplimiento de CAF.

Sobre el párrafo transcrito de la estipulación Vigésimoprimera, el Juzgado declaró lo siguiente:

«En esta cláusula puede presentarse una mayor complejidad a la hora de ser interpretado literalmente dado que la obtención de resultados favorables puede ser más ambiguo a la hora de interpretarse y concretarse su sentido. El 1284 CC determina que si una cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto, y el 1285 determina que deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas. No podemos ante estas valoraciones olvidar el lugar en que está inmerso la cláusula debatida, que no es otro que la cláusula vigésimo primera titulada "resolución del contrato".

»Evidentemente, y ante esta indicación, la falta de obtención de resultados satisfactorios debe entenderse como correctos y adecuados, es decir debe plantearse como un límite resolutivo. El que exista otro dispositivo que ampare otra causa de resolución no hace a este primero perder su efecto. La demandada viene a plantear que es una interpretación de un retraso permitido de seis meses pero ello carece de sentido bajo el epígrafe de resoluciones. No es congruente ni coherente con el contrato ni su estructura dado que hay una cláusula previa de penalizaciones que ampara la demora donde procedería esta estipulación de ser cierta la interpretación del demandado.

»La interpretación de la cláusula debe ser dotada de carácter resolutivo y ampara resolución tras seis meses sin resultados satisfactorios y por tanto que deriven en la entrega del producto en las condiciones concertadas».

Respecto de los plazos de entrega de las locomotoras estipulados en el Contrato de Suministro, el Juzgado consideró que:

«El plazo es esencial y las partes eran conscientes y conocedores de ello y a mayor abundamiento, es una cuestión reiterada en las declaraciones, que FESUR insistía mucho en el cuidado del plazo dado que si no se cumplía se impedía entrar en el sector y ser el primero en encargarse de líneas de servicios determinadas y del mismo modo hacía que el negocio perdiera su rentabilidad y su sentido. Frustra su incumplimiento la expectativa comercial y la financiera, las dos. El plazo era esencial y por ello se recoge expresamente y de forma detallada en el contrato pero del mismo modo lo era, dado que la financiación estaba aparejada a esas previsiones y la condicionaba claramente».

En cuanto a la gravedad del incumplimiento de CAF, el Juzgado declaró lo siguiente:

«Por concluir, debemos indicar que la resolución no se ampara en un mero retraso leve, el retraso fue evidente, la falta de información aberrante y el incorrecto proceder de la fabricante no puede ser excusado dejando en manos de terceros la responsabilidad derivada de su defectuosa previsión y planificación. [...]

»El incumplimiento es grave, y ello es evidente dado que el no respetar los plazos deriva en la caída de la financiación y la pérdida de todas las expectativas comerciales y de amortización del negocio. Frustra el negocio y queda frustrado, sabiendo CAF las consecuencias que derivarían de su incumplimiento».

Por todo lo cual, el Juzgado concluyó:

«La resolución es válida, efectiva y tiene preferente vinculación por las normas del contrato y supletorias del Código Civil 1124».

(ii) En fin, sobre las pretensiones indemnizatorias deducidas por

FESUR, declaró el Juzgado:

«[D]ebe quedar como probado que CAF era concedora de la financiación que FESUR realizaba y vinculaba al contrato de suministro. [...]. La estructura financiera era parte del éxito del contrato y parte fundamental del mismo, dado que hacía viable su amortización y la financiación del mismo. Es necesario que se indemnice a FESUR por los perjuicios derivados de la caída de la estructura financiera dado que [CAF] sabía que los retrasos e incumplimientos conllevan serias consecuencias económicas en este ámbito. [...]

»Es innegable que acreditado el conocimiento de CAF de la estructura financiera construida, de su participación en la cesión y en su construcción y teniendo este conocimiento de las consecuencias que el retraso podía derivar, no puede considerar que el abono del precio anticipado sea suficiente para dar por reparado el daño causado dado que el incumplimiento grave del mismo ha derivado en frustrar las expectativas empresariales del actor y ello debe derivar en apreciar una resolución válidamente emitida y una indemnización amplia y plena de los perjuicios causados.

»Dada la existencia de liquidaciones pendientes [de los Contratos de Cobertura de tipos de interés] se ha cuestionado la posibilidad de permitir la condena de liquidación futura amparada en el 219.3 LEC. [...]

»Hay que concluir, el de autos, que se trata de un caso que cae claramente dentro de lo que el precepto considera "pago de una cantidad de dinero" [...].»

9. Las solicitudes de corrección de errores y de aclaración de la sentencia de primera instancia.

El 30 de noviembre de 2012 la sentencia del Juzgado fue notificada a las partes.

El 4 de diciembre de 2012 FESUR solicitó la corrección de una serie de errores tipográficos detectados en diferentes apartados del fallo de la sentencia. El 5 de diciembre 2012 el Juzgado dictó Auto corrigiendo los errores puestos de manifiesto por FESUR.

Ese mismo día, CAF presentó escrito solicitando aclaración, rectificación o subsanación del fallo, al apreciar que adolecía de dos contradicciones: en primer lugar, una discrepancia en los puntos 1 y 9 entre la cifra expresada en letras y la expresada en números; y, en segundo lugar, la consistente en que en el punto 6 se declaraba que CAF estaba obligada a abonar a FESUR las penalizaciones por retraso devengadas conforme a la estipulación 17.2 del Contrato de Suministro, y en el punto 13 del propio fallo se desestimaba la correspondiente pretensión de condena a la parte actora.

Había en dicho escrito de CAF dos erratas: referirse al «punto 1» en lugar de al 3 -en el que, como en el 9, existía la discrepancia señalada por CAF, y que ya había corregido el Juzgado al estimar la solicitud

de FESUR de corrección de errores tipográficos-; y referirse al «punto 6», cuando era el 7 el que presentaba contradicción con el 13.

Mediante auto de fecha 7 de diciembre de 2012 , el Juzgado desestimó tal petición de CAF con la argumentación siguiente:

«La primera corrección planteada es la discrepancia entre el importe del punto primero y noveno de la sentencia. No cabe esta aclaración dado que en el punto primero no procede cuantía alguna. Es un dictado declarativo y no recoge cantidad alguna. No cabe el defecto alegado por tanto.

»La segunda aclaración planteada concurre sobre el punto sexto de la sentencia sobre el que se plantea una contradicción con el decimotercero. No siendo coincidentes con lo planteado en el escrito de parte no cabe la aclaración pretendida dado que el punto sexto se refiere al contrato de cobertura de tipos de interés y el decimotercero a la penalización por retraso».

Al pie de dicho auto, se lee:

»Contra el presente auto no cabe recurso alguno, sin perjuicio de los recursos que proceden, en su caso, contra la resolución originaria que ya quedaron indicados al ser notificada (artículo 214.4 LEC).

»Los plazos para los recursos a que se refiere el apartado anterior, si fueran procedentes, comienzan a computarse desde el día siguiente a la notificación de esta resolución (artículo 267.9 de la LOPJ)».

Este auto fue notificado a CAF el día 12 de diciembre de 2012.

10. Las vicisitudes del recurso de apelación interpuesto por CAF y de la impugnación formulada por FESUR tras desistir del recurso de apelación.

Contra la sentencia del Juzgado, CAF interpuso recurso de apelación. Lo hizo antes de las 15 horas del 16 de enero de 2013: dentro del plazo legal para interponerlo, de tomarse como *dies a quo* el siguiente a la notificación a CAF del auto desestimatorio de su solicitud de aclaración, rectificación o subsanación.

El Juzgado inadmitió el recurso de apelación de CAF, razonando, con cita del Auto de esta Sala de 22 de julio de 2008 (Rec. 800/2007), que el plazo para interponerlo no podía entenderse interrumpido por una solicitud de corrección de meros errores materiales manifiestos. Pero la Audiencia, mediante auto de fecha 25 de febrero de 2013, estimó el recurso de queja interpuesto por CAF, y ordenó continuar la tramitación de su recurso de apelación. Con esta argumentación:

«[L]leva razón la parte impugnante porque tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, el plazo para recurrir se interrumpe desde que se solicite la aclaración, rectificación o complemento de la resolución recurrible, iniciándose el cómputo desde el día siguiente a la notificación de la resolución que estime o desestime la petición de aclaración, rectificación, subsanación o complemento (art. 215.5 LEC).

»Así lo contempla también el Tribunal Supremo en resoluciones dictadas con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre (en fecha posterior al dictado de la resolución cuya aplicación invoca la resolución impugnada) como son, entre otras, los autos de 4 de octubre de 2011 y 11 de noviembre de 2012 citados por la parte recurrente.

»Por último, el propio Juzgado en la parte dispositiva del auto de fecha 7/12/2012 dispuso que los plazos para los recursos, si fueran procedentes, comenzarían a computarse desde el día siguiente a la notificación de la resolución (art. 267.9 LOPJ)».

También FESUR interpuso, antes que CAF, recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado. Después desistió de su recurso. Pero, tras ser admitido a trámite el recurso de apelación de CAF, impugnó la sentencia del Juzgado.

11. La sentencia de la Audiencia Provincial.

La Audiencia estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por CAF; desestimó la demanda de FESUR; y estimó parcialmente la reconvencción de CAF sólo en el sentido de declarar vigente el Contrato de Suministro. Además, la Audiencia desestimó la impugnación de FESUR, por considerarla inadmisibles.

Habiendo reiterado FESUR, en su oposición al recurso, que éste no debió admitirse, por haberlo interpuesto CAF fuera del plazo legalmente establecido, la Audiencia se remitió a las consideraciones que había efectuado al respecto en su auto de 25 de febrero de 2013, a las que añadió:

«[N]o cabe entender, tal y como sostiene FESUR, que la solicitud de aclaración formulada por CAF constituya un claro fraude de ley. Aquella sostiene que CAF, a través de su escrito de aclaración, se limitó a denunciar meros errores materiales de carácter manifiesto con la única finalidad de ampliar artificialmente el plazo. Ahora bien, difícilmente se puede hablar de fraude de ley cuando, precisamente, una de las peticiones de aclaración solicitada coincide con la formulada por FESUR (la relativa al apartado 9 del fallo en el que existe una discordancia entre la cantidad expresada en cifras y la expresada en números), en solicitud presentada en la víspera a la formulada por CAF, y que fue aclarada por el Juzgado de Instancia mediante resolución notificada a la representación de CAF en fecha posterior a la presentación por su parte del escrito de aclaración de la sentencia».

Conviene extractar a continuación los argumentos que la Audiencia utilizó en su sentencie en orden a declarar improcedente la resolución del Contrato de Suministro notificada por FESUR a CAF el 30 de septiembre de 2010.

Comenzó precisando el contenido de la petición que, a tal respecto, había deducido FESUR en su demanda:

«Conforme se interesa en el apartado 2 del suplico de la demanda interpuesta por FESUR, constituye pretensión de ésta que se "declare la validez de la resolución del contrato de compraventa instada extrajudicialmente por mi representada en su carta de fecha 30 de septiembre de 2010". Por consiguiente, resultaría improcedente declarar judicialmente la validez de la resolución por un motivo distinto al alegado por FESUR en la citada carta. Ahora bien, no cabe compartir la consideración de CAF de que el motivo de resolución invocado por FESUR en la citada carta es que las entidades acreedoras de ésta habían resuelto los correspondientes contratos financieros por el retraso en la entrega de las dos primeras locomotoras, puesto que en la carta de resolución se expresa que CAF ha incumplido la obligación de entrega de las dos locomotoras, excediéndose en más de seis meses del plazo establecido en el contrato de suministro, luego la causa de resolución es el incumplimiento de la obligación de entrega por parte de CAF con independencia de las consecuencias que ello haya llevado aparejado en los contratos de financiación de los bienes y equipos objeto del contrato de suministro».

Recordó, a continuación, la Audiencia la jurisprudencia de esta Sala sobre qué tipos de incumplimiento justifican la resolución de un contrato sinalagmático y en qué casos cabe calificar de resolutorio el mero retraso en el cumplimiento:

«El art. 1124 C.C . regula el ejercicio de la acción resolutoria del contrato con base en un incumplimiento prestacional.

»La jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo (así STS de 10 de septiembre de 2012 y sentencias que se citan en la misma) viene interpretando dicha norma en el sentido de que entender que el incumplimiento que constituye su presupuesto debe ser grave y sustancial, lo que no exige una tenaz y persistente resistencia renuente al cumplimiento, pero sí que su conducta origine la frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte, cosa que ocurre, en los términos de los Principios de Unidroit (art. 7.3.1 [2.a]) "que se citan con carácter orientador para la interpretación de la normativa contractual contenida en nuestro ordenamiento jurídico", cuando se "priva sustancialmente" al contratante, en este caso al comprador, "de lo que legítimamente tenía derecho a esperar en virtud del contrato".

»En este sentido, como declara la STS de 22 de diciembre de 2006 , citando los Principios de Derecho europeo de contratos, "el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato. b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte. También se refiere a dichos criterios la STS de 12 de marzo de 2013 .

»Como señala la citada STS de 10 de septiembre de 2012 , "el mero retraso (en el pago o en la entrega de la cosa) no siempre produce la frustración del fin práctico perseguido por el contrato, porque el retraso no puede equipararse en todos los casos a incumplimiento. Como declara la STS de 12 de abril de 2011, RC n.º 2100/2007 , la situación de retraso en el cumplimiento puede dar lugar a la constitución en mora [...], pero no necesariamente a la resolución. Su carácter de remedio excepcional, frente al principio de conservación del negocio, se ha traducido en que la jurisprudencia haya entendido exigible, además de que quien promueve

la resolución haya cumplido las obligaciones que le correspondieran, que se aprecie en el acreedor que insta la resolución un "interés jurídico atendible"».

No olvidó la Audiencia que las partes del Contrato de Suministro pactaron un régimen específico de resolución del mismo en la estipulación Vigésimoprimer, que citó en lo relevante. Y procedió a aplicar todo lo anterior al caso de autos:

«Entre las lógicas expectativas del comprador se encuentra la de recibir la cosa en el tiempo, lugar y en la forma estipulada en el contrato. Conforme se establece en la estipulación 3ª del contrato, CAF suministraría a FESUR el material contratado en un determinado plazo a contar desde la fecha del contrato. En concreto, y por lo que respecta a las locomotoras, los plazos de entrega se entienden "en orden de marcha, con las autorizaciones correspondientes, listas para prestar servicio". De acuerdo con los términos pactados, CAF se comprometía a entregar la primera locomotora el 4 de noviembre de 2009. Sin embargo, a fecha de la comunicación resolutoria (30 de septiembre de 2010), CAF no había entregado ninguna locomotora a FESUR. Por consiguiente, resulta innegable que en dicha fecha CAF había incumplido su obligación de entrega de las locomotoras. La cuestión que se suscita es si la situación de mora en que se encuentra CAF habilita a FESUR a resolver el contrato. [...]

»Como se ha expuesto, se han establecido diferentes criterios para entender cuándo el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato. Y analizados los mismos, no cabe entender que en el supuesto de autos el retraso en la entrega de las locomotoras tenga encuadre en ninguno de ellos.

»La obligación de entrega de las locomotoras en una determinada fecha no pertenece a la causa del contrato. No se establece expresamente en el mismo que el incumplimiento de la obligación de entrega en el plazo pactado faculta a FESUR para resolver el contrato, es más, el contrato establece expresamente una serie de penalizaciones por demora (estipulación 17.2).

»El núcleo de la cuestión se centra en lo que FESUR legítimamente puede esperar del contrato. Por una parte, es evidente que el hecho de que el contrato establezca una serie de penalizaciones por demora sobre el plazo fijado para la entrega de las locomotoras por causa imputable a CAF, determina que aquélla puede esperar una indemnización por ello, que además le facultará para resolver el contrato, previo preaviso mínimo de dos meses, en el supuesto de que el importe de las penalizaciones rebasen el tope del 10% del importe del contrato de suministro (establecido en 3.051.600 euros), y que no se había superado a la fecha de la comunicación de la resolución del contrato atendidas las fechas de entrega contempladas en el mismo.

»Ahora bien, es verdad que, conforme a la estipulación 21ª del contrato, FESUR podrá resolver de pleno derecho el contrato transcurrido el plazo de 6 meses desde el inicio de las pruebas y por causas imputables a CAF sin resultados satisfactorios. [...]

»La Juzgadora de instancia interpreta la citada cláusula en el sentido de que ampara la facultad resolutoria de FESUR tras seis meses sin resultados satisfactorios, que equipara a la falta de entrega de las locomotoras en las condiciones contractuales pactadas.

»Sin embargo, la Sala entiende que dicha interpretación no se ajusta a la literalidad de la cláusula y no resulta lógica si se pone en relación con los restantes términos del contrato.

»Los términos de la cláusula vinculan la resolución del contrato al retraso en más de seis meses desde el inicio de las pruebas de las locomotoras por causa imputable a CAF, sin que las mismas tengan resultados satisfactorios. La cláusula no determina la resolución del contrato, por el mero retraso en la entrega de las locomotoras, sino que lo liga a la no obtención de resultados satisfactorios en la práctica de pruebas por causa imputable a CAF. Por otra parte, la Juzgadora de Instancia equipara "resultado satisfactorio" a entrega de las locomotoras en las condiciones contractuales pactadas, lo que no resulta admisible, puesto que la superación de las pruebas es condición necesaria para la homologación de las locomotoras, pero no determina automáticamente la misma, puesto que la obtención de las autorizaciones correspondientes está condicionada además a otros requisitos.

»Además, en el contrato se ha previsto específicamente que la demora tendrá consecuencias indemnizatorias exclusivamente (estipulación 17ª.2), salvo que la cuantía indemnizatoria supere determinados límites pactados expresamente, por lo que no tiene razón de ser que las partes convengan además la resolución del contrato por la mera dilación en la entrega por el transcurso de seis meses desde el inicio de las pruebas sin resultados satisfactorios.

»Por todo ello, en buena lógica, debe pensarse que las partes al redactar dicha cláusula no están pensando en el supuesto de retraso en la entrega de las locomotoras, sino ante la imposibilidad de CAF de obtener los resultados esperados a pesar de haber transcurrido más de seis meses desde el inicio de las pruebas, lo que es sustancialmente distinto.

»Por último, en ningún momento se puede hablar en el presente supuesto de un incumplimiento intencionado por parte de CAF, ni tampoco cabe entender que se hubieran dado motivos a FESUR de que ya no podría contar en un futuro con la recepción de las locomotoras, si bien ésta podía prolongarse en el tiempo».

En fin, la Audiencia se pronunció sobre el criterio de la

«frustración del fin del contrato» -a propósito de la cancelación anticipada de la financiación externa con la que FESUR contaba para atender las obligaciones de pago asumidas en el Contrato de Suministro- en los siguientes términos:

«Además, a fecha de resolución del contrato (30 de septiembre de 2010) no cabe entender que se había frustrado el fin del mismo.

»En la comunicación resolutoria [...] se incide por parte de FESUR en que la cancelación anticipada de la financiación le imposibilita el cumplimiento del contrato de suministro en los términos pactados. Ahora bien, la pérdida de la financiación por parte de FESUR puede constituir el móvil de su actuación a los efectos resolutorios del contrato, pero no supone que el fin del contrato se haya visto frustrado. No se puede afirmar que los contratos de financiación quedaron vinculados al contrato de suministro. No existe más conexidad que la derivada del interés de FESUR en obtener financiación y la necesidad de intervención de CAF porque, como resultado de la anterior, se va a producir una novación subjetiva en el contrato de suministro. Los citados contratos fueron suscritos [...] transcurrido más de un año después de la firma del contrato de suministro [...] sin que conste acreditado que CAF fuese conocedora y aceptase los términos en que FESUR había suscrito los contratos de financiación con las entidades bancarias [...] por mucho que se hiciera constar en el expositivo del contrato de fecha 22 de diciembre de 2008 su suscripción. El hecho de que FESUR, como consecuencia de la resolución de los contratos de financiación, ya no tuviera la posibilidad de disfrutar de las locomotoras en régimen de leasing pagando su precio de forma diferida durante un plazo de quince años, obedece a los términos en que FESUR convino los contratos de financiación (el apartado a de la cláusula 17.1 de los contratos de arrendamiento financiero facultaba al vencimiento anticipado por parte del arrendador para el supuesto de que los bienes objeto de arrendamiento no hubieran sido entregados al arrendatario en el plazo máximo de seis meses a contar desde la fecha de entrega), de lo que no cabe responsabilizar a CAF, puesto que, como se ha expuesto, no ha quedado acreditado que los conociese y los aceptase. Es más, en las comunicaciones dirigidas por CAF se plantea como una cuestión salvable. Así, por ejemplo, D. Santos en correo de 31/7/2009 [*rectius*: 02/8/2009] indica: "El único problema es el de la financiación, y tenemos que ver con los Bancos si no existe ningún problema si las entregas programadas van más allá de 6 meses en cada entrega. Este es el punto realmente importante desde la óptica de la financiación; y ya veríamos la forma de salvarlo si al final existe alguna demora superior a los 6 meses".

»Por otra parte, sin negar que la intención de FESUR al adquirir las locomotoras es destinarlas al servicio comercial (ambas partes al suscribir el contrato pactan el compromiso de buscar una solución en el supuesto de que FESUR iniciase el servicio comercial antes de tener en disposición las 2 primeras locomotoras), aquélla no ha acreditado qué concretas oportunidades de negocio no ha podido realizar como consecuencia del retraso en la entrega de las locomotoras, debiendo señalarse, además, que no puso en marcha el mecanismo contractualmente pactado para poder disponer de locomotoras, ni disponía de vagones para realizar su actividad».

Tras concluir que procedía revocar, por el conjunto de razones expuestas, la sentencia del Juzgado, la Audiencia procedió a desestimar las pretensiones de CAF de cumplimiento del Contrato de Suministro. Declaró a dicho efecto:

«Constituye un hecho incontrovertible que a 30 de diciembre de 2010, fecha en la que CAF exige a FESUR la recepción provisional de las locomotoras y el material de parque, ninguna de las 9 locomotoras objeto del contrato contaba con las autorizaciones precisas para su explotación comercial y, por tanto, estaba lista para entrar en servicio. En concreto, ninguna de las locomotoras había obtenido la autorización de puesta en servicio y la autorización de circulación y solo una de ellas había realizado el recorrido de la prueba de fiabilización, por lo que la cuestión es determinar si dicha falta de cumplimiento por parte de CAF se encuentra justificada por ser imputable a CAF».

La respuesta de la Audiencia a esta cuestión fue que:

«[S]i bien es cierto que en el momento en que CAF exige el incumplimiento del contrato, FESUR había incumplido su obligación de aprobación del estudio global de seguridad contra incendios y de aceptación por parte del operador de los riesgos exportados al mismo (incumplimiento que en el primer caso debe considerarse irrelevante a la vista de que el estudio finalmente aprobado fue distinto), aquella no había cumplido con las obligaciones que le incumbían con arreglo al contrato, sin que el citado incumplimiento de FESUR sea causa justificativa de su incumplimiento».

Señaló adicionalmente que:

«Por otra parte, a fecha de interposición de la demanda reconvenional de CAF (11 de octubre de 2011) ninguna de las locomotoras había obtenido la autorización de puesta en servicio. Fue con posterioridad, el 21 de diciembre de 2011, cuando la Dirección General de Infraestructuras del Ministerio de Fomento (DGIF) concedió la autorización de puesta en servicio de la primera de las locomotoras, habiendo señalado el perito Sr. Norberto en su informe de fecha 24 de mayo de 2012 que a fecha 15 de febrero de 2012, de la correspondencia entre CAF y la Dirección General de Infraestructuras Ferroviarias, se deducía que podían considerarse aptas para la autorización de puesta en servicio las locomotoras 2, 3, 5 y 6, quedando pendientes de decidir sobre las características a reevaluar las locomotoras 4, 7, 8 y 9 [...]».

Y la Audiencia concluyó:

«En estas condiciones, es evidente que ha transcurrido con creces el plazo de entrega previsto en el contrato (la primera locomotora debía entregarse en noviembre de 2009), no siendo legítimo que, quien ha incumplido el contrato exija su cumplimiento a la otra parte cuando, transcurridos más de dos años, no se ha justificado que algunas de las locomotoras se encuentren aptas para la autorización de puesta en servicio y no ha efectuado el recorrido de fiabilización de la mayoría de ellas, sin perjuicio de que, una vez cumpla las obligaciones a su cargo, pueda hacerlo.

»Por todo lo cual, procede revocar la sentencia de instancia, pero única y exclusivamente a los efectos de declarar la vigencia del contrato de suministro».

Es oportuno señalar que una de las peticiones reconvenionales de CAF, que (mantenida en su recurso de apelación) fue así desestimada, había sido que se condenase a FESUR a cumplir las obligaciones de aprobación del estudio de seguridad contra incendios y de aceptación de riesgos exportados en un plazo prudencial no superior a quince días.

Contra la referida sentencia de la Audiencia, sólo FESUR ha interpuesto conjuntamente recurso extraordinario por infracción procesal, articulado en cinco motivos, y recurso de casación, estructurado en cuatro motivos.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

SEGUNDO .- El motivo primero del recurso por infracción procesal, formulado al amparo del número 3.º del artículo 469.1 LEC, denuncia infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, en particular, del artículo 136 LEC en relación con el artículo 458.1 LEC con el resultado de indefensión para FESUR, al admitirse a trámite el recurso de apelación de CAF formulado contra la sentencia de primera instancia.

Los términos del debate entre las partes que ahora se reproduce sobre la cuestión de si CAF habría interpuesto su recurso de apelación fuera del plazo legalmente establecido, se desprenden de lo que ya hemos expuesto al respecto en el Fundamento de Derecho Primero de la presente sentencia. El motivo debe ser desestimado por las siguientes razones:

1.ª) No alcanza esta Sala a captar qué «indefensión» haya podido causar a FESUR la mera admisión a trámite del recurso de apelación de CAF, motivada en dos ocasiones cumplidamente por la Audiencia Provincial.

2.ª) Los autos de esta Sala de 13 de noviembre de 2007, 22 de julio de 2008, 30 de junio de 2009 y 15 de septiembre de 2009, citados por FESUR en pretendido apoyo de su posición, se basan en la redacción del artículo 215 LEC anterior a su modificación por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre. Confirmamos, con todo, que una solicitud de parte de corrección de errores materiales manifiestos nunca podrá servir para reabrir plazos para interponer recursos contra una sentencia ya devenida firme, y que la regla general de los artículos

11.2 LOPJ y 247.2 LEC puede modular lo que los vigentes artículos 267.8 LOPJ y 215.5 LEC prescriben sobre interrupción de los plazos para interponer recursos.

3.ª) No se aprecia asomo alguno de fraude de ley procesal en la presentación por CAF de su solicitud de aclaración, rectificación o subsanación del fallo de la sentencia de primera instancia. Por un lado, porque cualquier abogado prudente habría intentado, al menos, que el Juzgado despejara la contradicción existente entre los pronunciamientos de los números 7 y 13 del apartado Primero de dicho fallo: de hecho, lo difícil de entender es que el propio Juzgado no la corrigiera, comprendiendo la errata («punto 6» en vez de 7) que contenía a ese respecto la solicitud de CAF. Y nótese, por otro lado, que la representación de CAF presentó la repetida solicitud dentro del plazo de dos días hábiles establecido en el artículo 214.2 LEC : no retrasó artificiosamente su presentación, alegando que los errores materiales manifiestos -si la contradicción arriba referida pudiera calificarse de tal- pueden ser rectificadas en cualquier momento.

4.ª) En fin, a la luz de lo anterior, y de lo que el auto del Juzgado de 7 de diciembre de 2012 expresó sobre el *dies a quo* del cómputo de los plazos para interponer recursos, sería CAF la que habría tenido o tendría una queja fundada de vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, si finalmente su recurso de apelación no hubiera sido admitido a trámite, o si esta Sala decidiera ahora que debió haberse inadmitido (por todas, STC 256/2006, de 11 de septiembre).

TERCERO .- Los motivos segundo y tercero del recurso examinado se esgrimen contra una concreta declaración de la Audiencia *a quo* en la sentencia recurrida: «tampoco cabe entender que se hubieran dado motivos a FESUR de que ya no podía contar en el futuro con la recepción de las locomotoras, si bien ésta podía prolongarse en el tiempo».

Alega FESUR que la referida declaración se contradice directamente con la prueba practicada y se descubre como inmotivada y arbitraria, puesto que varios documentos y declaraciones testificales obrantes en los autos -que cita la ahora recurrente- muestran con claridad que el 30 de septiembre de 2010, fecha en la que FESUR comunicó a CAF la decisión de resolver el Contrato de Suministro, existía una gran incertidumbre sobre la capacidad de CAF de cumplir con sus obligaciones contractuales, hasta el punto de que ella misma desconocía cuándo podría entregar las locomotoras listas para prestar servicio.

Procede desestimar, sin más, ambos motivos, pues -como señala atinadamente la parte ahora recurrida- resulta evidente que lo que la Audiencia *a quo* quiso establecer con la declaración que la ahora recurrente combate, no es que el 30 de septiembre de 2010 no existiera tal incertidumbre, sino que no se había producido el supuesto de incumplimiento esencial contemplado en el apartado c) del artículo 8:103 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos, que cita la propia Audiencia en su sentencia: «cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte». Y es lo cierto que FESUR no afirmó en su comunicación resolutoria de 30 de septiembre de 2010, ni siquiera en los escritos directores del proceso, que fuera ésa, expresada con las mismas u otras palabras, la causa por la que decidió resolver el Contrato de Suministro.

En la sentencia impugnada, la declaración de la Audiencia *a quo* que acaba de ocuparnos viene precedida de la que dice que «en ningún momento se puede hablar en el presente supuesto de un incumplimiento intencionado por parte de CAF». Como es ésta la declaración contra la que se dirige el motivo quinto del mismo recurso, es oportuno examinarlo de inmediato.

Alega FESUR que también la declaración que acabamos de transcribir es manifiestamente errónea a la luz de la prueba practicada, que demostraría que CAF asumió en el Contrato de Suministro unas obligaciones que sabía que, con toda probabilidad, no podría cumplir, sin que le importasen las consecuencias que su incumplimiento pudiera suponer para FESUR; y que en noviembre de 2008 CAF conocía ya que no podría cumplir con los plazos de entrega a los que se había comprometido en el Contrato de Suministro, y no informó de ello a FESUR hasta ocho meses después, y suscritos ya, por cierto, los Contratos de Financiación.

También el referido motivo quinto debe, sin más, desestimarse, al ser evidente que la Audiencia *a quo* en modo alguno ha pretendido, con la declaración de la que ahora se trata, pronunciarse sobre las cuestiones señaladas por FESUR: ha querido simplemente dejar sentado que el incumplimiento por CAF de los plazos contractualmente previstos para la entrega de las locomotoras no fue producto de una decisión o estrategia deliberada de CAF, que diese motivos a FESUR para entender que ya no podría contar en el futuro con la entrega de aquéllas. Y es lo cierto que FESUR jamás ha imputado a CAF tal decisión o estrategia deliberada de abandonar el cumplimiento del Contrato de Suministro.

En suma: los motivos segundo, tercero y quinto del recurso por infracción procesal interpuesto por FESUR toman como excusa, para permitirse alegar en esta sede sobre los hechos del caso como si de una tercera instancia se tratase, unas declaraciones de la sentencia impugnada dirigidas a descartar la existencia en el presente caso de una causa de resolución que la ahora recurrente nunca había afirmado ni alegado tempestivamente que fuera la que justificó su decisión de resolver el Contrato de Suministro.

Quiere esta Sala, sin embargo, insistir en que la desestimación de los tres motivos que acaban de examinarse no significa que no estemos convencidos de que el 30 de septiembre de 2010 CAF mantenía a FESUR -desoyendo las previas protestas reiteradas de ésta- en una situación de gran incertidumbre acerca de las fechas en que entregaría las locomotoras listas para prestar servicio; ni que ignoremos que no fue hasta mediados de 2009 cuando CAF remitió a FESUR su propuesta de reprogramar el calendario contractual de entregas. Se trata sólo de que nada de lo anterior ha sido negado por la Audiencia *a quo* en la sentencia recurrida.

CUARTO .- Examen separado, aunque no mejor suerte, merece el motivo cuarto, en el que FESUR denuncia arbitrariedad en la apreciación de las pruebas en relación con la declaración contenida en la sentencia impugnada acerca de la falta de conocimiento y aceptación por CAF de las cláusulas de los Contratos de Financiación; refiriéndose, sobre todo, a aquéllas de los Contratos de Leasing y el Contrato de Crédito que permitían a las entidades financieras dar por vencidos o resolver anticipadamente esos Contratos en caso de retraso en la entrega de las locomotoras de más de 6 meses sobre el calendario pactado en el Contrato de Suministro.

En el desarrollo del motivo, FESUR alega que diversos medios de prueba obrantes en autos demostrarían que CAF era perfectamente consciente de las consecuencias que el referido retraso tendría para la estructura de financiación. En concreto, cita las declaraciones de varios testigos y expone la valoración que de ellas hizo la sentencia de primera instancia; invoca el Contrato de Cesión, del que CAF fue parte, en cuyos expositivos se hacía expresa referencia a los otros contratos que conformaban la estructura de financiación, subrayando que todos esos contratos se firmaron en unidad de acto y que CAF participó en la redacción del Contrato de Cesión; trae a colación las comunicaciones en las que -como en las remitidas por FESUR a CAF el 16 de febrero y 4 de marzo de 2010- aquélla insistía en la necesidad de contar con fechas de entrega estimadas para poder negociar nuevos calendarios de financiación con los bancos; y atribuye especial relevancia a la comunicación que don Santos envió el 2 de agosto de 2009, sobre la que la ahora recurrente escribe:

«La Sentencia hace referencia a esta última comunicación [...], indicando que, en ella, el retraso superior a los seis meses, " se plantea [por FESUR] como una cuestión salvable ". Como es obvio, poco importa aquí que FESUR confiase en la posibilidad de negociar un nuevo calendario con las entidades financieras -aunque, dicho sea de paso, esta confianza siempre partía de que CAF facilitase "fechas ciertas" de entrega [...]-, lo relevante es que esta comunicación demuestra, más allá de cualquier duda, que el contenido de los Contratos de Financiación era perfectamente conocido por CAF».

La mayor parte de los hechos que, en este motivo, FESUR alega que han resultado probados, se desprenden ciertamente de las pruebas obrantes en los autos. Sucede sin embargo, también aquí, que esta Sala no aprecia que ninguno de esos hechos haya sido negado por la Audiencia *a quo* cuando ha declarado: «sin que conste acreditado que CAF fuese concedora y aceptase los términos en que FESUR había suscrito los contratos de financiación».

El momento que dicha frase contempla es, sin duda, el de la suscripción por CAF del Contrato de Cesión. No ha pretendido, pues, negar la Audiencia con ella ni la existencia de las comunicaciones que FESUR envió a CAF entre mayo de 2009 y marzo de 2010, ni que su tenor reflejara el riesgo de que las entidades bancarias no mantuviesen la financiación concedida a FESUR si CAF incurría en un retraso de más de 6 meses sobre el calendario pactado para la entrega de las locomotoras en el Contrato de Suministro, y FESUR no disponía de unas fechas de entrega ciertas para renegociar sobre esa base las condiciones de la financiación.

Claro es también que la Audiencia *a quo* no ha pretendido negar que CAF fue parte del Contrato de Cesión, y que éste contenía referencias expresas a los Contratos de Leasing, el Contrato de Crédito y los Contratos de Cobertura, todos ellos suscritos en unidad de acto. Lo que ha querido significar es sólo que, al no estar probado que CAF conociera en ese momento el contenido de las concretas cláusulas de resolución o vencimiento anticipado de los Contratos de los que no fue parte -y no encuentra esta Sala en dicha valoración sombra de arbitrariedad alguna-, tampoco cabe considerar probado que CAF aceptase responsabilizarse de que, por aplicación de las referidas cláusulas, FESUR perdiera la financiación que tenía concedida para

atender las obligaciones nacidas para ella del Contrato de Suministro: que no hay base probatoria para sostener que el 22 de diciembre de

2008 aceptó -por decirlo en términos jurídicos- que esa eventual cancelación anticipada de la financiación comportase la «frustración del fin» del Contrato de Suministro a los efectos de su resolución por parte de FESUR.

Dando, pues, a la declaración de la sentencia impugnada contra la que se ha dirigido el motivo cuarto del recurso por infracción procesal el significado que acabamos de exponer, dicho motivo debe también ser desestimado.

RECURSO DE CASACIÓN

QUINTO .- En el motivo primero del recurso de casación de FESUR, se denuncia infracción de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1281 CC , en relación con la interpretación de la estipulación Vigésimoprimera del Contrato de Suministro que ha realizado la Audiencia en la sentencia impugnada.

En el desarrollo del motivo, la ahora recurrente afirma que la Audiencia *a quo* ha interpretado dicha estipulación de forma manifiestamente contraria a su literalidad, al entender que impedía a FESUR resolver el Contrato hasta que las penalizaciones pactadas en su estipulación Decimosexta superasen el 10% del precio del mismo; convirtiendo así un caso particular previsto en la estipulación Vigésimoprimera en una limitación a la facultad, que FESUR se había reservado en ella, de resolver el Contrato de Suministro en el caso de que CAF incumpliese grave y reiteradamente sus obligaciones.

Basta una somera lectura de la sentencia recurrida para constatar que la Audiencia *a quo* no ha interpretado la estipulación Vigésimoprimera del modo en que FESUR afirma que lo ha hecho. Como en el apartado 11 del Fundamento de Derecho Primero de esta sentencia hemos dejado transcritos todos los párrafos que a tal respecto se contienen en la sentencia impugnada, no volveremos sobre ellos: ni siquiera declaran que, para que FESUR pudiera resolver el Contrato de Suministro por causa de retraso en la entrega de las locomotoras, sería necesario que las penalizaciones por demora rebasasen ya el 10% del importe del Contrato. Así lo ha entendido también la parte ahora recurrida, que bien señala que:

«[E]n ningún momento se afirma por la Sala de apelación que FESUR no estuviera legitimada para resolver el contrato en caso de retraso en la entrega de las locomotoras salvo que las penalizaciones por demora superaran el 10% del importe del contrato, ni mucho menos se entiende por la sentencia recurrida que FESUR no pueda resolver el contrato en caso de incumplimiento grave y reiterado de sus obligaciones contractuales por parte de CAF. Es más, resulta evidente no sólo que cuando FESUR comunicó a CAF la resolución contractual (el 30 de septiembre de 2010) no se había rebasado el tope del 10% del importe del contrato (como señala la propia sentencia recurrida en su página 16), sino también que FESUR ni siquiera ha invocado en ningún momento que se hubiera rebasado dicho tope. Y, a pesar de ello, la sentencia recurrida entra a examinar si la resolución extrajudicial acordada por la demandante es o no ajustada a derecho. Y si la Sala *a quo* desestima la pretensión resolutoria de FESUR, no es tanto por el hecho de que no se haya rebasado dicho tope (insistimos en que ni FESUR ha alegado en el procedimiento que se haya rebasado, ni su pretensión de que se declare bien resuelto el contrato se basa en una pretendida -e inexistente- superación de dicho límite) como por la no concurrencia de otras causas de resolución».

El motivo debe, en consecuencia, ser desestimado.

SEXTO .- En el motivo segundo del recurso de casación, FESUR denuncia la infracción del artículo 1124 CC . Alega, en esencia, que los incumplimientos de CAF que la propia sentencia impugnada describe sólo pueden ser calificados de graves y cualificados, pues conllevaron la frustración del interés de FESUR en el Contrato de Suministro y sobrepasaron cualquier límite de tolerancia; por lo que debieron considerarse suficientes para justificar la resolución de dicho Contrato notificada por FESUR a CAF el 30 de septiembre de 2010. Aduce, en concreto, lo siguiente:

«[...] FESUR confiaba -como es perfectamente legítimo- en que CAF cumpliera sus obligaciones contractuales y entregase las Locomotoras en las fechas comprometidas o, a lo sumo, con un retraso que no superase los seis meses.

»Sin embargo, CAF incumplió sus obligaciones y no entregó las Locomotoras en las fechas comprometidas. Tampoco fue capaz de entregar ninguna Locomotora en los seis meses siguientes, a pesar de que en junio de 2009 había afirmado que entregaría la primera de las Locomotoras en mayo de 2010 [...]. Todo ello, como decimos, ha sido indubitadamente reconocido por la Sentencia.

» Cuando habían pasado, no seis meses, sino diez, desde la fecha en la que CAF debía haber entregado la primera de las Locomotoras según Contrato y, sin embargo, CAF no era capaz de dar una fecha aproximada sobre cuándo podría cumplir con sus obligaciones, las entidades financieras resolvieron los Contratos de Financiación [...]

» Lo anterior frustró las legítimas expectativas que FESUR tenía en el Contrato, pues, evidentemente, no era lo mismo para FESUR adquirir unas costosas locomotoras difiriendo su pago en quince años a través de la oportuna estructura de financiación que tener que pagar íntegramente su importe de una vez».

Alega, en fin, la ahora recurrente:

« Han pasado ya cuatro años desde el momento en que había que entregar las Locomotoras y, por tanto, a día de hoy, el incumplimiento de CAF -grave y esencial- es manifiesto de acuerdo con los hechos probados por la propia Sentencia y, por tanto, sólo cabría acordar la resolución del Contrato. Sin embargo, la Sala a *quo* resuelve de forma salomónica: no procede la resolución, tampoco procede el cumplimiento.

» De esta forma, la Sentencia sitúa a ambas partes en una especie de limbo, pues rechaza condenar a FESUR al cumplimiento del Contrato de Suministro al considerar que CAF se encuentra en situación de incumplimiento y, sin embargo, no permite a mi representada resolver el Contrato y recuperar el anticipo entregado. La situación, dicho sea en estrictos términos de defensa, es kafkiana».

En su oposición al presente motivo, CAF alega que: no ha tenido lugar el incumplimiento de un término esencial, pues no era esencial el plazo de entrega de las locomotoras previsto en el Contrato de Suministro; el retraso en la entrega no ha frustrado el fin de dicho Contrato; cuando procedió a resolverlo, FESUR no había cumplido las obligaciones que le incumbían conforme al mismo; y FESUR no tenía un interés jurídicamente atendible en la resolución: lo único que hizo fue amparar su desinterés en su cumplimiento del Contrato y su voluntad de apartarse de él. En fin, a las alegaciones finales del motivo de FESUR, CAF responde:

« [E]stas últimas alegaciones de la adversa resultan claramente ventajistas a la par que absolutamente irrelevantes para la resolución del problema jurídico planteado. De manera artera, la recurrente trata de magnificar el retraso de CAF poniendo especial énfasis en el hecho de que ni siquiera a día de hoy todas las locomotoras han obtenido los preceptivos permisos. Esta obligación de la adversa parece obviar las siguientes circunstancias:

» (i) Las locomotoras no pueden homologarse si el operador que va a explotarlas no cumple dos obligaciones concretas: aprobación del estudio de seguridad contra incendios y aceptación de los riesgos exportados.

» (ii) Ante la negativa de FESUR de cumplir esas obligaciones, se han homologado dos únicas locomotoras con la colaboración de COSMA RAIL TRANSPORT, S.A., porque esta empresa solo necesita la locomotora que está utilizando y otra de repuesto.

» (iii) Y si no se han homologado más locomotoras es debido exclusivamente a que no hay otro operador que haya mostrado interés en operar con esas locomotoras, no porque no sean susceptibles de ser homologadas (que no cabe duda alguna que lo son).

» En todo caso, lo relevante para resolver la cuestión objeto de debate (esto es, si el retraso de CAF puede considerarse tan prolongado como para legitimar la resolución) es el retraso en que haya podido incurrir hasta el momento de la resolución del contrato, no el tiempo que haya transcurrido después, máxime cuando FESUR se ha negado reiteradamente al cumplimiento de sus obligaciones documentales (aprobación del estudio de seguridad contra incendios y aceptación de los riesgos exportados) y sin el cumplimiento de estos requisitos por parte de FESUR (o de otro operador ferroviario) le resulta imposible a CAF, por aplicación de la normativa al efecto, completar con éxito el proceso de homologación de las locomotoras».

Consideradas las alegaciones de ambas partes, y asumiendo esta Sala los hechos declarados probados en la instancia, en orden a valorar nosotros jurídicamente si CAF incurrió, o no, en un incumplimiento del Contrato de Suministro de entidad y consecuencias bastantes para justificar la resolución del mismo declarada por FESUR, procede estimar el motivo examinado por las razones siguientes:

1.ª) Hemos de partir -como correctamente hizo la Audiencia a *quo*- de la doctrina jurisprudencial de esta Sala, recientemente reiterada, con cita de otras precedentes, en las Sentencias 736/2015, de 30 de diciembre (Rec. 2478/2013) y 220/2016, de 7 de abril (Rec. 54/2014). Ha declarado esta última:

«De la doctrina jurisprudencial de esta Sala resulta que solo si las partes quisieron dar al plazo de entrega carácter esencial con efectos resolutorios explícitos, el retraso del vendedor en la entrega ampara la resolución. Esto es así, porque, como recuerda la Sentencia 736/2015, de 30 de diciembre, con cita de la sentencia 239/2010, de 30 de abril, "el art. 1255 CC permite a las partes tipificar determinados incumplimientos como resolutorios al margen de que objetivamente puedan considerarse o no graves o, si se quiere, al margen de que conforme al art. 1124 del CC tengan o no trascendencia resolutoria". Es decir, "no es necesario valorar si un mero retraso puede generar la resolución del contrato cuando son las propias partes las que contractualmente determinan los efectos del incumplimiento", y en idéntico sentido se pronuncia la sentencia 364/2015, de 28 de junio.

»Por el contrario, si el plazo de entrega no se quiso como esencial, el retraso del vendedor en la entrega solo ampara la resolución del comprador si el incumplimiento tardío frustra sus legítimos intereses. Así lo recuerda la reciente sentencia 732/2015, de 30 de diciembre, aplicando la doctrina de esta Sala interpretativa del art. 1124 CC según la cual "el mero retraso en el cumplimiento de la obligación de entregar la cosa puede dar lugar a la constitución en mora pero no equivale a incumplimiento resolutorio, exigiéndose que quien promueve la resolución al amparo del mismo no solo haya cumplido las obligaciones que le conciernen sino, además, que tenga un interés jurídicamente atendible, a fin de no amparar pretensiones resolutorias ante situaciones de incumplimiento más aparente que real, y también, que se trate de un incumplimiento esencial, capaz de frustrar el fin económico del contrato". Como declara la misma sentencia, ello hace necesario examinar el valor del plazo en este tipo de contratos, lo que en definitiva es una cuestión de interpretación contractual que impide revisar en casación la interpretación realizada por el tribunal de instancia salvo que resulte ilegal, ilógica o arbitraria. En esta línea, y entre las más recientes, la sentencia 40/2011, de 29 de enero (citada por la anterior), declara que "excluida la configuración del plazo de entrega como término esencial, esto es, fuera del campo de actuación de los incumplimientos resolutorios propiamente dichos, la prevalencia del plano satisfactorio del cumplimiento hace que el mero retraso pueda carecer de trascendencia resolutoria [...], cuando su incidencia no frustra la finalidad o base del contrato y el incumplimiento, levemente tardío, sigue siendo útil e idóneo para la satisfacción de los intereses de la contraparte (STS de 11 de abril de 2013, 221/2013)". Y también entre las más recientes, la sentencia 731/2015, de 21 de diciembre, aunque confirma la interpretación contractual de la sentencia recurrida según la cual el plazo pactado por las partes sí tenía carácter esencial, considera que ello se debía al resultado de la hermenéutica contractual, no a una regla general.

»En suma, según este cuerpo jurisprudencial, cuando las partes no quisieron dar al plazo de entrega un carácter esencial con efectos resolutorios explícitos (cláusula resolutoria expresa), el retraso del vendedor en la entrega solo ampara la resolución si el cumplimiento tardío frustra los legítimos intereses del comprador [...].»

2.ª) En palabras de la sentencia recurrida:

«De acuerdo con los términos pactados, CAF se comprometía a entregar la primera locomotora el 4 de noviembre de 2009. Sin embargo, a fecha de la comunicación resolutoria (30 de septiembre de 2010), CAF no había entregado ninguna locomotora a FESUR. Por consiguiente, resulta innegable que en dicha fecha CAF había incumplido su obligación de entrega de las locomotoras. La cuestión que se suscita es si la situación de mora en que se encuentra CAF habilita a FESUR a resolver el contrato».

3.ª) Dicha situación no constituye ninguno de los dos específicos casos en los que, a tenor de la estipulación Vigésimoprimera del Contrato de Suministro, podía FESUR resolverlo de pleno derecho. Nunca ha afirmado siquiera la ahora recurrente que se dio el segundo de dichos casos: penalizaciones que superasen el 10% del importe del Contrato. Y tampoco se produjo el primero («Transcurrido el plazo de 6 meses desde el inicio de las pruebas y por causas imputables a CAF sin resultados satisfactorios»), conforme a la interpretación dada al mismo por la Audiencia *a quo* - contraria a la que había realizado el Juzgado-, y no combatida en casación por la recurrente. En consecuencia:

La resolución del Contrato de Suministro que FESUR notificó a CAF el 30 de septiembre de 2010 no encuentra amparo en una cláusula resolutoria expresa.

4.ª) Como declaró la Sentencia de esta Sala de 104/2011, de 8 de marzo (Rec. 1819/2007):

«Precisaron las sentencias de 25 de febrero de 1978, 7 de marzo de 1983, 22 de marzo de 1985, 4 de enero de 2007, 19 de mayo de 2008, entre otras muchas, que no todo incumplimiento -en el sentido de falta de identidad cualitativa, cuantitativa o circunstancial, de lo ejecutado con lo debido- basta para resolver

una relación obligatoria sinalagmática. Antes bien, para que un incumplimiento tenga fuerza resolutoria es necesario que reúna determinadas condiciones, que se resumen en la exigencia de que sea esencial.

»De esa condición se hace merecedor, entre otros, el incumplimiento de una exigencia cualitativa, cuantitativa o circunstancial que hubiera recibido la calificación de esencial por voluntad expresa o implícita de las partes, a las que corresponde crear la "lex privata" por la que quieren regular su relación jurídica.

»De acuerdo con ello habrá incumplimiento con entidad resolutoria cuando, tras la interpretación del contrato, se llegue a la conclusión de que las partes atribuyeron, de modo expreso o implícito, carácter esencial a la prestación, a la cantidad, a la cualidad o a la circunstancia que, al faltar, impide la plena adecuación de lo realizado con lo prometido.

»Tal sucede, entre otros casos, cuando el tiempo de cumplimiento se hubiere convertido en contenido de la misma prestación o, con otras palabras, cuando el tiempo de cumplimiento sea esencial, por determinar el único momento en que el interés del acreedor puede ser satisfecho y, por lo tanto, permitir al mismo que una prestación fuera de él sea rechazada y, al fin, tratada como un verdadero incumplimiento resolutorio y no como un cumplimiento irregular o retrasado, causante de las consecuencias secundarias vinculadas a la mora».

Se refieren esas últimas palabras a los llamados «negocios a fecha fija» o contratos con «término esencial». Dejando aparte aquellos en los que el referido término es «absoluto» u «objetivo», cuyo incumplimiento provoca obviamente la imposibilidad sobrevenida de la prestación (sin duda causa de resolución), esos contratos se caracterizan porque el acreedor ha comunicado al deudor al tiempo de celebrarlos, o se desprende de las circunstancias entonces concurrentes, que el interés sustancial del acreedor en el contrato está supeditado a que el deudor realice la prestación en una determinada fecha o dentro de un plazo determinado expresado en el propio contrato.

Inmediatamente se deduce que, cuando así haya sucedido, el retraso -la falta de cumplimiento del deudor en aquella fecha o dentro del expresado plazo- privará sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, habiendo el deudor previsto, o podido prever, en el momento de su celebración que su retraso produciría dicho resultado. Parafraseamos así el caso de «incumplimiento esencial» que prevé el apartado (b) del artículo 8:103 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos [PDEC] -con precedentes en el artículo 25 de la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, y el apartado 2(a) del artículo 7.3.1 de los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales-, y recogido asimismo en el apartado 2(a) del artículo III.-3:502 de los Principios, Definiciones y Reglas de un Derecho Civil Europeo: el Marco Común de Referencia [DCFR], así como en el apartado 2(a) del artículo 87 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea. A esta causa de resolución es a la que mejor conviene la expresión «frustración del fin o de la finalidad económica del contrato», tan usada en nuestra actual jurisprudencia.

En fin, la causa de resolución de la «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento», tradicional en la jurisprudencia de esta Sala, aparece también, en otros términos pero con análogo significado, en el apartado (c) del artículo 8:103 PDEC, a cuyo tenor es «esencial» el incumplimiento que sea «intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte». En el apartado 2(b) del artículo III.-3:502 DCFR, se equipara al incumplimiento intencionado el «gravemente culpable». Y el apartado 2(b) del artículo 87 de la Propuesta de Reglamento sobre compraventa se refiere a un incumplimiento «de tal naturaleza como para que resulte evidente que no se puede confiar en el futuro cumplimiento de la parte cumplidora».

5.ª) La Audiencia *a quo* ha utilizado las expresadas definiciones de «incumplimiento esencial» -como ha hecho con frecuencia esta Sala [entre las más recientes, en las Sentencias 788/2013, de 27 de diciembre (Rec. 1433/2011), 8/2014, de 5 de febrero (Rec. 1996/2011) y la antes mencionada 736/2015 , de 30 de diciembre]-, y ha concluido que ninguno de los referidos tipos de incumplimiento esencial se produjo en el caso de autos. En efecto:

En cuanto a la que seguiremos llamando «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento», se recordará que la sentencia recurrida declaró:

«[E]n ningún momento se puede hablar en el presente supuesto de un incumplimiento intencionado por parte de CAF, ni tampoco cabe entender que se hubieran dado motivos a FESUR de que ya no podría contar en el futuro con la recepción de las locomotoras, si bien ésta podía prolongarse en el tiempo».

Y nos remitimos a lo que dejamos dicho al respecto en el Fundamento de Derecho Tercero de la presente sentencia.

Sobre si el Contrato de Suministro, en cuanto al calendario de entrega de las locomotoras, podía calificarse de contrato con término esencial, la respuesta de la Audiencia *a quo* ha sido negativa, habida cuenta de que se establecieron expresamente en el mismo penalizaciones por retraso.

Ciertamente, el mero hecho de que, en un contrato de compraventa o de suministro, se establezcan penalizaciones por retraso en la entrega de las cosas objeto del contrato, en modo alguno permite deducir que se haya excluido que el retraso pueda llegar a ser causa de resolución; pero sí puede constituir un sólido indicio de que la fecha o el plazo de entrega no se quiso como término esencial [por ejemplo, STS 891/2006, de 22 de septiembre (Rec. 5034/1999)]. Además, si se quiso así, o no, es una cuestión de interpretación del contrato, que es función propia de la Sala de instancia [por todas, SSTS 150/2016, de 10 de marzo (Rec. 42/2014) y 205/2016, de 5 de abril (Rec. 670/2014)]. Y en el motivo primero del recurso de casación de FESUR se impugna una interpretación de la estipulación Vigésimoprimera del Contrato de Suministro, erróneamente atribuida por la ahora recurrente a la Audiencia *a quo*, que nada tiene que ver con la cuestión de si se estableció, o no, en él un término esencial para la entrega de las locomotoras.

En fin, según la Audiencia *a quo*, falta base probatoria para sostener que CAF aceptara, como término esencial para la entrega de las locomotoras, el de 6 meses a contar desde las fechas estipuladas para las entregas en el Contrato de Suministro, que se acordó en los Contratos de Leasing y el Contrato de Crédito entre las entidades financieras y FESUR en orden a la resolución o vencimiento anticipado de dichos Contratos. Tiene la Audiencia buenas razones para ello:

Los Contratos de Financiación se celebraron el 22 de diciembre de 2008, más de un año después del Contrato de Suministro, que no contenía referencia alguna a la financiación de las obligaciones de pago que FESUR contraía: como ha señalado con acierto la ahora recurrida, este dato desbarata el intento de la recurrente de asimilar el caso de autos al decidido por la Sentencia de esta Sala 309/2013, de 26 de abril (Rec. 155/2001). Y respecto a la prueba de lo que CAF pudo conocer aquél 22 de diciembre de 2008, ya nos hemos pronunciado en el Fundamento de Derecho Cuarto de la presente sentencia. Sin duda CAF vino a saber ese día que FESUR había obtenido financiación para atender las obligaciones de pago asumidas en el Contrato de Suministro, que estaba estructurada sobre la propiedad y, por tanto, la entrega por CAF de las locomotoras. Pero no hay base objetiva para afirmar que CAF conoció en esa fecha el tenor de las cláusulas de resolución o vencimiento anticipado de los Contratos de Financiación de los que no fue parte.

Ni para sostener que CAF aceptó -ni el 22 de diciembre de 2008 ni después- que la cancelación anticipada de la financiación por aplicación de las referidas cláusulas comportase la frustración del fin del Contrato de Suministro a los efectos de su resolución por parte de FESUR. No aceptó, en otras palabras, incorporar como término esencial al Contrato de Suministro el evento resolutorio de los Contratos de Leasing y el Contrato de Crédito.

6.ª) En la tarea de dilucidar si la resolución de ese Contrato declarada por FESUR el 30 de septiembre de 2010 fue o no ajustada a Derecho, los resultados alcanzados hasta aquí son que una respuesta afirmativa no puede fundarse ni en una cláusula resolutoria expresa del propio Contrato; ni en el incumplimiento por CAF de un término esencial para la entrega de las locomotoras, que haya privado por ello sustancialmente a FESUR de lo que tenía derecho a esperar en virtud del Contrato de Suministro; ni, en fin, en que CAF hubiera puesto de manifiesto una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento del repetido Contrato.

Ahora bien, deberá ser evidente que el análisis jurídico de los hechos del caso no puede acabar ahí; porque resulta a todas luces insostenible que, a falta de cláusula resolutoria, término esencial y voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, un vendedor o suministrador pueda mantener al comprador o suministrado vinculado indefinidamente por el contrato de compraventa o suministro a la espera de que aquél consiga entregarle las cosas objeto del contrato, por largo que llegue a ser el retraso sobre la fecha de entrega prevista en el mismo.

Si la Audiencia *a quo* hubiera continuado su examen de los Principios de Derecho Europeo de Contratos, habría encontrado en su artículo 8:106 un apartado 3 del siguiente tenor:

«Si, ante un retraso en el cumplimiento que no sea esencial, la parte perjudicada hubiera notificado a la otra la fijación de un plazo adicional de duración razonable, podrá resolver el contrato al finalizar el plazo notificado. La parte perjudicada podrá establecer en su notificación que si la otra parte no cumpliere en el plazo fijado en la misma, el contrato quedará automáticamente resuelto. Cuando el plazo señalado sea demasiado corto, la parte perjudicada sólo podrá resolver o, en su caso, el contrato sólo quedará automáticamente resuelto, transcurrido un periodo de tiempo razonable desde el momento de la notificación».

El artículo III.-503 DCFR contiene reglas equivalentes; que también se hallan, para el retraso del vendedor en la entrega, en el artículo 115 de la Propuesta de Reglamento sobre compraventa, y mucho antes en el artículo 49, en relación con el artículo 47.1, de la Convención de Viena.

El Código Civil español -a diferencia de otros muchos europeos- no contempla la institución del «plazo adicional»; pero la imprescindible finalidad a la que sirve no puede quedar desatendida. Esta Sala declara que:

Aun a falta de cláusula resolutoria expresa, un retraso en el cumplimiento, aunque en sí mismo no sea esencial, justificará la resolución del contrato cuando, por su duración o sus consecuencias, ya no quepa exigir al acreedor conforme a la buena fe que continúe vinculado por el contrato.

Para los supuestos en que el incumplimiento consiste en un retraso, dicha formulación, aunque inevitablemente imprecisa, resulta más expresiva que las usuales invocaciones a la frustración del fin o la finalidad económica del contrato, o de los legítimos intereses del acreedor, o a que éste tenga un interés jurídicamente atendible en la resolución del contrato.

7.ª) Aplicando al caso de autos el criterio que acabamos de formular, esta Sala considera que, a la vista de lo probadamente acaecido entre FESUR y CAF en relación con el Contrato de Suministro hasta el 30 de septiembre de 2010, ya en esa fecha no cabía exigir a FESUR, conforme a la buena fe, que continuase vinculada por dicho Contrato. En efecto:

(a) Más de diez meses de retraso en la entrega de unos bienes cuyo evidente destino es el emprendimiento con ellos de una actividad empresarial constituyen un retraso muy considerable para exigencias propias del tráfico mercantil. En la estipulación Tercera del Contrato de Suministro, se pactó:

«CAF y FESUR se comprometen, en caso de ser necesario el que esta última inicie el servicio comercial antes de tener en disposición las 2 primeras locomotoras, en buscar una solución en base a que FESUR pueda alquilar 2 locomotoras que le permitan en forma transitoria iniciar el citado servicio».

Es cierto -lo señaló la Audiencia *a quo* - que FESUR no puso en marcha ese mecanismo. Pero nótese que no estaba concebido como solución transitoria para un retraso de CAF en la entrega de las locomotoras, sino para el caso de que FESUR necesitara iniciar el servicio comercial antes de la fecha contratada de entrega de las dos primeras locomotoras (diciembre 2009): por eso correría FESUR con el coste de los alquileres. Y además, tampoco CAF propuso a FESUR poner en marcha el referido mecanismo, soportando la propia CAF el coste de los alquileres.

(b) En la sentencia recurrida se rechaza expresa y fundadamente la reiterada alegación de CAF de que su retraso en la entrega de las locomotoras fue debido al incumplimiento por FESUR de sus obligaciones de aprobar el estudio global de seguridad contra incendios y de aceptar los riesgos exportados al operador.

(c) No cabe afirmar con propiedad que FESUR consintió el retraso de CAF, sino, a lo más, que se adaptó transitoriamente al mismo, no comprometiéndose a prestar a terceros servicios de transporte ferroviario estando en una situación de gran incertidumbre sobre si podría, o no, llegar a prestarlos tempestivamente; y, al margen de la razón por la que FESUR no disponía de vagones, parece prudente en cualquier caso no tener los vagones antes que las locomotoras. Los datos que muestran que el retraso de CAF no puede decirse «consentido» por FESUR son bastante elocuentes:

FESUR nunca aprobó formalmente la propuesta de reprogramación de las entregas que CAF le dirigió a mediados de 2009.

En las comunicaciones enviadas por FESUR a CAF entre mayo de 2009 y marzo de 2010 (apartado 4 del Fundamento de Derecho Primero de la presente sentencia), FESUR dejó bien claro que su tolerancia con el retraso de CAF tenía un límite: no, la llegada de una fecha cierta ni el transcurso de un plazo adicional determinado, sino que, a causa del retraso, resultara cancelada anticipadamente la financiación con la que FESUR contaba para atender las obligaciones de pago que había asumido en el Contrato de Suministro.

Y producida tal cancelación, FESUR comunicó sin tardanza alguna a CAF la resolución del Contrato de Suministro: menos de una semana después de que se formalizara la recuperación por FESUR de la facultad de resolución que había cedido a Banco Popular en el Contrato de Cesión.

(d) Muy relevante es además que:

El tenor de las mencionadas comunicaciones remitidas por FESUR a CAF en 2009 y 2010 reflejaba claramente el riesgo de que las entidades bancarias no mantuvieran la financiación concedida a FESUR si CAF incurría en un retraso de más de 6 meses sobre el calendario pactado para la entrega de las locomotoras

en el Contrato de Suministro, y FESUR no disponía de fechas de entrega ciertas sobre las que renegociar con los Bancos las condiciones de la financiación.

CAF no dio respuesta a las expresas peticiones de FESUR de que le proporcionara esas fechas ciertas que necesitaba.

A tenor del artículo 57 CCom , «los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe». Conforme a ese esencial mandato legal, incluso prescindiendo del problema de la financiación, CAF debió sin duda facilitar a FESUR sus previsiones de fechas de entrega de las locomotoras, sólidamente justificadas: en consideración al legítimo interés de FESUR en programar sus actividades empresariales con el menor grado de incertidumbre posible. Ahora bien, seguramente procede extraer del mismo artículo 57 CCom el «deber de cooperación» que el artículo 1:202 PDEC define así: «Cada parte tiene el deber de cooperar con la otra para dar pleno efecto al contrato», y que el artículo III.-1:104

DCFR adopta en los siguientes términos: «El deudor y el acreedor están obligados a cooperar entre sí, cuando y en la medida en que, razonablemente, quepa esperar dicha cooperación para el cumplimiento de la obligación del deudor». Bien sabía CAF para qué había obtenido FESUR la financiación que corría el riesgo de perder como consecuencia del retraso en la entrega de las locomotoras. Y del hecho cierto de que CAF no hubiera aceptado que la suerte del Contrato de Suministro dependiera de la suerte de la repetida financiación, no cabe extraer la consecuencia de que eso la exoneraba de todo deber de buena fe relacionado con la suerte de esa última.

En fin, pasó el mes de mayo de 2010, sin que CAF entregara a FESUR la primera de las locomotoras, incumpliendo así aquélla su propia propuesta a ésta de reprogramación del calendario de entregas.

8.ª) La Sentencia de esta Sala 219/2015, de 3 de junio (Rec. 1938/2013), contemplando la pretensión de resolución por incumplimiento de cierto contrato, declaró que:

«La resolución debe basarse en hechos anteriores que justifican esta pretensión, pero su justificación puede quedar corroborada por hechos posteriores, debidamente incluidos en el trámite de alegaciones correspondiente».

Pues bien, según dejó establecido la sentencia recurrida:

«[A] fecha de interposición de la demanda reconventional de CAF (11 de octubre de 2011) ninguna de las locomotoras había obtenido la autorización de puesta en servicio. Fue con posterioridad, el 21 de diciembre de 2011, cuando la Dirección General de Infraestructuras del Ministerio de Fomento (DGIF) concedió la autorización de puesta en servicio de la primera de las locomotoras, habiendo señalado el perito Don. Norberto en su informe de fecha 24 de mayo de 2012 que a fecha 15 de febrero de 2012, de la correspondencia entre CAF y la Dirección General de Infraestructuras Ferroviarias, se deducía que podían considerarse aptas para la autorización de puesta en servicio las locomotoras 2, 3, 5 y 6, quedando pendientes de decidir sobre las características a reevaluar las locomotoras 4, 7, 8 y 9 [...]».

Si CAF asumió que la resolución del Contrato de Suministro que FESUR le comunicó el 30 de septiembre de 2010 no era ajustada a Derecho, bien pudo ella entonces proceder a resolver el Contrato, por haber FESUR manifestado su voluntad seria y definitiva de tenerlo por terminado, y exigir a ésta indemnización de daños y perjuicios en la medida del interés de CAF en el cumplimiento de dicho Contrato (el llamado «interés contractual positivo»). Optó CAF, sin embargo, por exigir el cumplimiento; y, no tratándose de un contrato de obra -pues la *ratio* del artículo 1594 CC habría excluido en tal caso esa opción-, nada cabría objetarle (de haber tenido razón respecto a la no conformidad a Derecho de la resolución declarada por FESUR) a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1124 CC .

Ahora bien, lo consecuente con la referida opción habría sido que CAF se apresurara a obtener, por lo menos, las autorizaciones de puesta en servicio de las nueve locomotoras. Pero sólo la obtuvo para la primera de ellas, más de dos años después de la fecha pactada en el Contrato de Suministro para su entrega «lista para prestar servicio».

9.ª) FESUR ha alegado ante esta Sala que, cuatro años después de dicha fecha, la decisión de la Audiencia en la sentencia recurrida ha colocado a ambas partes «en una especie de limbo», en una situación «kafkiana», pues el Contrato de Suministro no está resuelto, y FESUR no está condenada a cumplirlo.

La respuesta de la ahora recurrida a esa alegación no ha sido que la misma sentencia acaba diciendo que CAF, cuando cumpla las obligaciones a su cargo, podrá exigir a FESUR el cumplimiento del Contrato; y que ella ya lo ha hecho así. La respuesta ha sido (i) que las locomotoras no pueden homologarse si el

operador incumple sus obligaciones de aprobar el estudio de seguridad contra incendios y aceptar los riesgos exportados; (ii) que, ante la negativa de FESUR a cumplirlas, sólo se han homologado dos locomotoras con la colaboración de otra compañía que sólo necesita la que está utilizando y otra de repuesto; y (iii) que no hay otro operador interesado en explotar las otras siete locomotoras. Ahora bien:

Una de las peticiones de CAF en su reconvencción fue, precisamente, que se condenase a FESUR a cumplir las obligaciones de aprobación del estudio de seguridad contra incendios y de aceptación de riesgos exportados en un plazo prudencial no superior a quince días.

Dicha petición, desestimada en la primera instancia y mantenida por CAF en su recurso de apelación (salvo para las dos locomotoras ya homologadas), fue expresamente desestimada por la Audiencia *a quo*.

Y contra la sentencia de la Audiencia, CAF no ha interpuesto recurso ante esta Sala. Es posible que CAF haya entendido que dicha sentencia le autoriza a pedir a FESUR que cumpla el Contrato de Suministro si y cuando ella finalmente consiga, sin límite de tiempo alguno, homologar las otras siete locomotoras con la colaboración de operadores ferroviarios diferentes de FESUR. Pero esa Sala no puede aprobar tal enormidad.

La conducta de CAF en el cumplimiento de sus obligaciones y deberes de buena fe derivados del Contrato de Suministro hasta la fecha (30 de septiembre de 2010) en la que FESUR le comunicó su decisión del resolverlo, no merece un resultado tan extremo. Y la conducta posterior de CAF en orden al cumplimiento del mismo Contrato corrobora la procedencia de que esta Sala declare ajustada a Derecho la resolución del Contrato de Suministro por incumplimiento de la ahora recurrida.

SÉPTIMO.- La estimación, por las razones expresadas, del motivo segundo del recurso de casación interpuesto por FESUR impone, sin necesidad de examinar los restantes, casar la sentencia recurrida; salvo en cuanto impuso a FESUR las costas de su impugnación de la sentencia del Juzgado, pues FESUR se ha aquietado a ese pronunciamiento.

Actuando ahora esta Sala como tribunal de instancia, debemos confirmar en consecuencia los pronunciamientos contenidos en los números 1, 2, 3, 8 y 9 del apartado Primero del fallo de la sentencia dictada por el Juzgado *a quo*: validez de la resolución y restitución de la parte anticipada del precio.

Procede, seguidamente, decidir sobre los pronunciamientos que la misma sentencia del Juzgado contiene sobre las indemnizaciones de daños a pagar por CAF a FESUR, tomando en consideración tanto las alegaciones impugnatorias que CAF realizó a tal respecto en su recurso de apelación -y que ha reiterado en su oposición al recurso de casación interpuesto por FESUR-, como las que ésta realizó en su oposición al recurso de apelación interpuesto por CAF.

Comenzaremos por las indemnizaciones relacionadas con el Contrato de Cesión, los Contratos de Leasing y el Contrato de Crédito; a saber: los costes de celebración de esos Contratos (442.364,77 euros), los de pago de cuotas de los Contratos de Leasing (1.018.567 euros), y los incurridos por la celebración de un Contrato de Préstamo de fecha 30 de septiembre de 2010, que FESUR tuvo que pedir para financiar su deuda frente al Banco Popular por la resolución anticipada de los Contratos de Leasing y del Contrato de Crédito (34.805,69 euros).

Confirmamos todos los pronunciamientos que, sobre dichos conceptos, se contienen en el apartado Primero del fallo de la sentencia de primera instancia -los tres primeros incisos del número 4, y las tres primeras letras del número 10-, por las razones que siguen en respuesta a las alegaciones impugnatorias de CAF:

1.ª) Frente a la alegada infracción de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1107 CC, por no ser los referidos costes y gastos previsibles por CAF al tiempo de la celebración del Contrato de Suministro:

Esta cuestión no fue planteada por CAF en su escrito de contestación a la demanda. Además, CAF pudo razonablemente prever, al tiempo de la celebración del Contrato de Suministro, que FESUR buscaría algún tipo de financiación para atender las obligaciones de pago que contraía, y que los gastos que de la misma se derivasen para FESUR resultarían plenamente «frustrados» o «hundidos» en caso de que el Contrato se resolviera sin que FESUR hubiese podido explotar ninguna de las locomotoras. Y eso basta para satisfacer el requisito de la previsibilidad, al tiempo de la celebración del contrato, de los daños y perjuicios causados, si se asume -como lo han asumido ambas partes- que el referido requisito es también aplicable cuando la indemnización se pide en la medida del denominado «interés de confianza» o «interés contractual negativo».

2.ª) Frente a la infracción del artículo 1257 CC (principio de relatividad de los contratos) alegada por CAF respecto a los Contratos de Leasing, de Crédito y de Préstamo en los que CAF no fue parte, baste decir

que en modo alguno cabe extraer del referido artículo o principio la regla de que no sean nunca indemnizables los gastos derivados de contratos celebrados por la parte perjudicada con terceros.

3.ª) En fin, no puede tomarse en consideración la alegación de CAF sobre que los Contratos de Financiación no se referían sólo al Contrato de Suministro objeto del presente litigio, sino también a un contrato de suministro de vagones entre FESUR y otra compañía, ya que CAF no la formuló en su contestación a la demanda como objeción a las peticiones indemnizatorias de FESUR de las que ahora se trata y, en consecuencia, no podía reprochar legítimamente a ésta, en apelación por primera vez, que FESUR no hubiera precisado ni acreditado en la primera instancia qué parte de los costes en cuestión cabía imputar a uno u otro suministro. Además, lo cierto es que la financiación se canceló anticipadamente en su totalidad a causa del retraso de CAF en la entrega de las locomotoras.

Debemos revocar, por el contrario, todos los pronunciamientos del fallo de la sentencia del Juzgado que condenan a CAF a indemnizar a FESUR los costes correspondientes a las liquidaciones practicadas o que se practiquen en relación con los Contratos de Cobertura de tipos de interés, y a la cancelación de dichos Contratos; a saber: el último inciso del número 4, los números 5 y 6, la letra «d» del número 10 y los números 11 y 12 del apartado Primero del referido fallo.

Procede revocar los señalados pronunciamientos, porque la causa de que las liquidaciones y cancelación de los Contratos de Cobertura hayan resultado o puedan resultar negativas para FESUR ha sido y en su caso será la evolución de los tipos de interés, no la resolución del Contrato de Suministro. No debe, pues, pechar CAF con las pérdidas que sufra FESUR porque la aleatoriedad propia de aquel tipo de contratos haya venido o venga a jugar en su contra.

Dado que, conforme a lo que esta Sala acaba de decidir, la cuantía total de las condenas a CAF a pagar indemnizaciones a FESUR no excede del tope del 10% del importe total del Contrato de Suministro, contemplado en la estipulación 17.4 del Contrato de Suministro, resulta innecesario que esta Sala se pronuncie sobre la alegación realizada por CAF a dicho respecto; también, por cierto, en su recurso de apelación por primera vez. En fin, procede suprimir el pronunciamiento número 7 del mismo apartado Primero del fallo de la sentencia del Juzgado *a quo*. Así debió haberlo hecho el propio Juzgado, estimando la solicitud que CAF le dirigió al efecto con fecha 4 de diciembre de 2012 .

OCTAVO.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva que las costas causadas por el mismo se impongan a la parte recurrente, según determina el artículo 398.1 en relación con el artículo 394.1 LEC , así como la pérdida del depósito constituido para interponerlo conforme al apartado 9 de la disposición adicional decimoquinta LOPJ .

Al haberse estimado el recurso de casación, el artículo 398.2 LEC dispone no condenar en las costas del mismo a ninguno de los litigantes; y procede la devolución del depósito constituido para interponer dicho recurso, a tenor del apartado 8 de la disposición adicional decimoquinta LOPJ .

La estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por CAF contra la sentencia de primera instancia comporta que no se impongan a ninguna de las partes ni las costas de dicho recurso (artículo 398.1 LEC), ni las causadas por la demanda de FESUR (artículo 394.2 LEC).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Ferrocarriles del Suroeste, S.A., contra la sentencia dictada el 19 de julio de 2003 por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Guipuzkoa en el recurso de apelación 2145/2013 .

2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Ferrocarriles del Suroeste, S.A. contra esa misma sentencia; la que casamos y dejamos sin efecto, salvo en su pronunciamiento de imposición a Ferrocarriles del Suroeste, S.A., de las costas derivadas de su impugnación de la sentencia de primera instancia.

3.º- Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A., contra la sentencia dictada el 27 de noviembre de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Tolosa en el procedimiento ordinario 392/2011, rectificada por auto del mismo Juzgado de 5 de diciembre de 2012 ; sentencia, esa, cuyo fallo confirmamos, salvo en los pronunciamientos que se contienen en el último inciso del número 4, los números 5, 6 y 7, la letra «d» del número 10, y los números 11, 12 y 15 del apartado PRIMERO (DEMANDA) de dicho fallo; pronunciamientos, éstos, que revocamos y dejamos sin efecto.



4.º- Imponer a Ferrocarriles del Suroeste, S.A., las costas causadas por el recurso extraordinario por infracción procesal.

5.º- No hacer imposición de las costas causadas por el recurso de casación; ni de las costas causadas por el recurso de apelación interpuesto por Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A., contra la sentencia de primera instancia; ni de las costas causadas por la demanda interpuesta por Ferrocarriles del Suroeste, S.A.

6.º- Acordar la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del depósito constituido para interponer el recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas

Eduardo Baena Ruiz Fernando Pantaleón Prieto

Xavier O' Callaghan Muñoz

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Fernando Pantaleón Prieto**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ