

Roj: STS 1216/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1216  
Id Cendoj: 28079110012016100170

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 2663/2013

Nº de Resolución: 189/2016

Procedimiento: CIVIL

Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA

Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Marzo de dos mil dieciséis.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por Wacker Chemie, AG, representada ante esta Sala por el procurador D. Manuel Lanchares Perlado y asistido por el letrado D. Bernardino Muñiz Calaf, contra la sentencia núm. 373/2013, de 25 de septiembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de León, en el recurso de apelación núm. 126/2013 dimanante de las actuaciones de incidente concursal I61-1, concurso 263/2011 del Juzgado de Primera Instancia núm 8 y Mercantil de León, sobre resolución de contrato de suministro en interés del concurso. Ha sido parte recurrida DC Wafers Investments S.L., representada ante esta Sala por la procuradora D.ª María Elena Carretón Pérez y asistida por el letrado D. Israel Álvarez-Canal Rebaque.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** . *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª María Elena Carretón Pérez, en nombre y representación de D.C. Wafers Investments, S.L. en concurso, interpuso demanda de incidente concursal contra Wacker Chemie, AG, en la que solicitaba se dictara sentencia en la que se acordara la resolución del contrato de suministro concertado por las partes y se acordara la devolución de los dos millones de euros retenidos a cuenta de los futuros suministros, sin que procediera indemnización alguna a favor de Wacker Chemie, AG.

2.- La demanda fue presentada el 11 de junio de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 8 y Mercantil de León registrada con el núm. 263/2011. Una vez fue admitida a trámite, se convocó a las partes a una comparecencia el 4 de julio de 2012, en la que Wacker Chemie, AG, mostró su oposición a la solicitud de D.C. Wafers Investments, S.L., tras lo cual se emplazó a Wacker Chemie, AG, y a la administración concursal para que contestaran la demanda incidental.

3.- El procurador D. Francisco Sarmiento Ramos, en representación de Wacker Chemie AG, contestó a la demanda mediante escrito en el que, sin mostrar oposición a la resolución pretendida, interesó la desestimación de la pretensión de reintegro del anticipo por importe de 2.000.000 €, y que se declarara su derecho a recibir con cargo a la masa de la concursada una indemnización por importe de 7.133.150 €.

La procuradora D.ª Susana Belinchón García en representación de la administración concursal de D.C. Wafers Investments, S.L., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] dicte sentencia estimatoria sobre las pretensiones de la actora de conformidad con lo establecido en el presente escrito de contestación».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 y Mercantil de León, dictó sentencia de fecha 29 de noviembre de 2012, con la siguiente parte dispositiva:

«Estimo íntegramente la demanda incidental presentada por la Procuradora Elena Carretón Pérez en nombre y representación de DC Wafers Investments S.L. en solicitud de resolución del contrato de suministro de polisilicio suscrito el 24 de enero de 2011 con Wacker Chemie AG, y en consecuencia declaro resuelto

dicho contrato, con obligación de Wacker Chemie AG de proceder a la devolución del anticipo constituido por la concursada por importe de 2.000.000 €, y sin pronunciamiento indemnizatorio alguno a favor de dicha sociedad, sin que proceda pronunciamiento de condena en costas, de manera que cada parte habrá de abonar las ocasionadas a su instancia, y las comunes si las hubiere por mitad».

**SEGUNDO.** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Wacker Chemie AG. La representación de DC Wafers Investments, S.L. se opuso al recurso interpuesto de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de León, que lo tramitó con el número de rollo 126/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 373/2013 en fecha 25 de septiembre, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Desestimar el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de Wacker Chemier AG, contra la sentencia dictada el día 29 de noviembre de 2012 por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 8 y Mercantil de León, en los autos de Incidente Concursal nº 263/11 sobre Resolución Contractual en interés del Concurso a que se refiere este rollo y confirmamos la aludida resolución en todos sus términos, sin imposición de costas procesales en esta alzada.

» Se declara perdido el depósito que pudiera haberse constituido por los recurrentes, al que se dará el destino legalmente previsto».

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

1.- El procurador D. Manuel Lanchares Perlado, en representación de Wacker Chemie AG, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia: la Sentencia de Primera Instancia adolece de incongruencia extra petita, por conceder cosa distinta a la solicitada por las partes, vulnerando lo dispuesto en el artículo 218 LEC ».

«Segundo.- Vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución : por exigir la Audiencia Provincial de León a mi representada una probatio diabólica como requisito sine qua non para ver satisfechas sus legítimas pretensiones y generar en consecuencia a mi mandante una situación de indefensión».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Oposición en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación con la consagrada cláusula rebus sic stantibus».

«Segundo.- Oposición en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación con la fuerza mayor».

«Tercero.- Infracción del artículo 61.2 de la Ley Concursal : existencia de jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales».

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 30 de septiembre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

« 1º) ADMITIR LOS RECURSOS EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de WACKER CHEMIER AG, contra la sentencia dictada, con fecha 25 de septiembre de 2013 por Audiencia Provincial de León (Sección Primera), en el rollo de apelación nº 126/13, dimanante de los autos de incidente concursal nº 263/11 del Juzgado de Primera Instancia y Mercantil nº 8 de León.

» 2º) Y entréguese copias del escrito de interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formalizados por la parte recurrente, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición por escrito en el plazo de VEINTE DÍAS, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría ».

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

4.- Por providencia de 2 de Febrero de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 10 de marzo de 2016, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, Magistrado de Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. *Antecedentes del caso.*

1.- La sociedad DC Wafers Investments, S.L. (en lo sucesivo, Wafers), declarada en concurso, presentó demanda de incidente concursal en la que, con base en lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 61.2 de la Ley Concursal, solicitaba la resolución en interés del concurso del contrato de suministro de polisilicio suscrito el 24 de enero de 2011 con la sociedad Wacker Chemie, AG (en lo sucesivo, Wacker), que Wacker le restituyera los dos millones de euros que como anticipo le había entregado en su día, y que no se le condenara a indemnizar a Wacker por daños y perjuicios.

2.- El Juzgado Mercantil dictó sentencia en la que acordó la resolución del contrato de suministro en interés del concurso porque Wacker, en su contestación a la demanda, no se había opuesto a la resolución ni a la concurrencia de interés del concurso para la misma, por lo que la controversia había quedado ceñida a si procedía o no la restitución del anticipo de dos millones de euros entregados a cuenta del precio del suministro cuando se firmó el contrato, y si procedía la indemnización de 7.133.150 euros que Wacker había solicitado en concepto de lucro cesante por la resolución del contrato.

Respecto de estas dos últimas pretensiones, el Juzgado Mercantil consideró que la premisa 9 del acuerdo de suministro, y 2 de su anexo A, debían ser interpretadas en el sentido de que eximían de responsabilidad al contratante que no puede dar cumplimiento a sus obligaciones por causas que se encuentren más allá de su control razonable, y que ello había sucedido en el caso objeto del litigio, a causa de las circunstancias exógenas que habían determinado la crisis de la concursada (falta de viabilidad por bajada del precio del producto que fabricaba la concursada, placas fotovoltaicas), y que se había producido el evento que justificaba que Wacker debiera restituir los dos millones de euros recibidos como anticipo del litigio, dada la gran desproporción existente entre el precio convenido para toda la duración del contrato y el precio que tenía el producto en el mercado pocos meses después de la firma del contrato, cuando descendió a menos de la mitad que el convenido en el contrato para cinco años.

Además de estas razones, el Juzgado Mercantil consideró que Wacker no había probado adecuadamente el perjuicio cuya indemnización reclamaba, pues el informe pericial que presentó para acreditarlo partía de una estimación de la evolución de los precios del polisilicio con base en lo publicado por una entidad y no sobre los precios que la demandada había obtenido de los clientes de reemplazo, y asimismo partía de una evolución bajista de los precios del polisilicio en los años siguientes que se contradecía con las propias expectativas de incremento de la demanda del producto que resultaba de otro documento aportado por Wacker.

Por estas razones, el Juzgado Mercantil consideró que no procedía la retención por Wacker de los dos millones que recibió como anticipo del precio a la firma del contrato, ni la indemnización a esta del lucro cesante por la resolución anticipada del contrato.

3.- Wacker recurrió en apelación la sentencia de primera instancia, y la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia del Juzgado Mercantil.

En lo que aquí interesa, rechazó que analizar e interpretar el clausulado del contrato para determinar las consecuencias económicas de su resolución en interés del concurso constituyera una incongruencia *extra petita*.

Asimismo, la Audiencia compartió la interpretación del contrato realizado por el Juzgado Mercantil en lo relativo a la cláusula que determinaba la falta de responsabilidad del contratante por la falta de cumplimiento de sus obligaciones cuando viniera determinada por una causa situada más allá del control razonable de la parte afectada, y a la cláusula que determinaba la improcedencia de la retención de la cantidad anticipada por Wafers a cuenta del precio cuando las cantidades acordadas fueran irrazonables o los daños a Wacker por el incumplimiento del contrato tuvieran un importe menor que lo retenido por esta.

La Audiencia, por último, confirmó también la valoración que la sentencia apelada había hecho del informe pericial aportado por Wacker.

4.- Wacker, al no estar conforme con la sentencia de la Audiencia Provincial, ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, basado en dos motivos, y recurso de casación, basado en tres. Todos los motivos han sido admitidos.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal.**

##### **SEGUNDO.-** *Formulación del primer motivo del recurso.*

1.- Tras realizar un breve resumen del litigio y unas extensas alegaciones para justificar la concurrencia de los requisitos de admisibilidad del recurso de casación, la recurrente formula el recurso extraordinario por infracción procesal, cuyo primer motivo lleva el siguiente epígrafe:

«Infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia: la Sentencia de Primera Instancia adolece de incongruencia extra petita, por conceder cosa distinta a la solicitada por las partes, vulnerando lo dispuesto en el artículo 218 LEC ».

2.- Los argumentos que desarrollan el motivo consisten en que la concursada instó la resolución del contrato por convenir al interés del concurso, pero no por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* ni por concurrencia de fuerza mayor. Por ello, alega, la sentencia incurre en incongruencia valorar la procedencia de la resolución del contrato por motivos distintos del interés social, y al analizar las previsiones contractuales para determinar si la parte *in bonis* [en el sentido de contratante que ha cumplido con su parte en el contrato] tiene o no derecho a indemnización del lucro cesante y tiene o no que devolver el anticipo recibido a cuenta del precio.

##### **TERCERO.-** *Decisión de la Sala. Inexistencia de incongruencia.*

1.- La congruencia de las sentencias se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que la sentencia no puede otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente que no hubiera sido pretendido. La congruencia, por tanto, consiste en la adecuación del fallo de la sentencia con el *petitum* o petición de la demanda en relación con la *causa petendi* o causa de pedir de la misma.

2.- La congruencia *extra petita* [fuera de lo pedido] se produce cuando la sentencia resuelve sobre pretensiones o excepciones no formuladas por las partes y altera con ello la *causa petendi*, entendida como conjunto de hechos decisivos que, de forma relevante, fundan la pretensión.

3.- La concursada, Wafers, solicitó la resolución del contrato de suministro de polisilicio concertado con Wacker porque tal resolución convenía al interés del concurso. Y analizó el contenido del contrato para concluir que sus previsiones le eximían de responsabilidad porque concurría la causa «más allá del control razonable de la parte afectada» que justificaba la falta de cumplimiento, prevista en la estipulación 9.3, y asimismo obligaban a Wacker a restituir el anticipo entregado a cuenta del precio porque concurrían las circunstancias previstas a tal efecto en el último párrafo del anexo A del contrato.

En su contestación a la demanda, Wacker no cuestionó que la resolución del contrato conviniera al interés del concurso, pero sí cuestionó la interpretación del contrato realizada por Wafers y alegó que, conforme a la correcta interpretación de las cláusulas del contrato celebrado, no procedía la restitución del anticipo del precio y debía ser indemnizada en el importe del lucro cesante que, descontado el anticipo de dos millones, ascendía a 7.133.150 euros.

4.- La sentencia recurrida, que asume y confirma la sentencia del Juzgado Mercantil, no resuelve el contrato de suministro por causas distintas de las alegadas en la demanda. La sentencia de primera instancia, ratificada por la Audiencia, explica claramente que Wacker, en su contestación a la demanda, no ha cuestionado la conveniencia al interés del concurso de la resolución contractual solicitada y que por tanto debe declararla.

Y una vez sentada la procedencia de la resolución del contrato, se decide sobre las consecuencias de tal resolución tomando en consideración cuál ha sido el debate entre las partes.

No ha existido por tanto incongruencia alguna.

5.- Que para decidir sobre las consecuencias restitutorias e indemnizatorias de la resolución del contrato en interés del concurso pueda tomarse o no en consideración la regulación contractual que resulta de

sus cláusulas es cuestión sustantiva que ha sido planteada como motivo de casación, pero no afecta a la congruencia, a la vista de los términos en que ha sido planteado el debate en el proceso.

**CUARTO.-** *Formulación del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.*

**1.-** El segundo motivo se encabeza así:

«Vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución : por exigir la Audiencia Provincial de León a mi representada una probatio diabólica como requisito sine qua non para ver satisfechas sus legítimas pretensiones y generar en consecuencia a mi mandante una situación de indefensión».

**2.-** El motivo se funda en que se exige a Wacker una carga de la prueba con relación a los daños sufridos por la resolución del contrato de tal entidad que equivale a una *probatio diabólica*, lo que a su vez le coloca en una clara situación de indefensión.

La recurrente realiza una exposición y una valoración del informe pericial que aportó para probar el lucro cesante sufrido por la resolución del contrato, y concluye en la absoluta razonabilidad del método y de las conclusiones del informe. Por el contrario, según la recurrente, la valoración del informe que hacen los órganos de instancia sería irrazonable, pues en ella se pretende que Wacker pruebe qué concretas cantidades de polisilicio que estaban destinadas a Wafers han sido vendidas a otros clientes.

**QUINTO.-** *Decisión de la Sala. Desestimación del motivo. La carga de la prueba y la valoración de la prueba.*

**1.-** El motivo del recurso no puede estimarse por varias razones.

En primer lugar, la recurrente mezcla en el desarrollo del motivo argumentos que hacen referencia a la carga de la prueba y otros que lo hacen a la valoración de la prueba practicada. Se trata de infracciones heterogéneas, que han de ser planteadas a través de cauces distintos (la carga de la prueba, por el del art. 469.1.2º, la valoración irrazonable de la prueba, por el del art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por lo que no pueden serlo conjuntamente en un mismo motivo.

**2.-** La recurrente parte de un enfoque equivocado de lo que constituye la carga de la prueba.

En el proceso civil, la carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, ni niveles de prueba exigibles, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes, sin perjuicio de que sus reglas y principios rectores puedan servir de advertencia a las partes sobre la conveniencia de proponer prueba sobre ciertos extremos, ante el riesgo de ver desestimadas sus pretensiones si los mismos no resultan probados.

La prohibición de una sentencia de *non liquet* (literalmente, «no está claro») que se establece en los arts. 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.7 del Código Civil, al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba. Estas reglas toman en consideración la posición que en el litigio ocupe la parte interesada en la prueba de los hechos, la relación que tenga la parte con las fuentes de la prueba, la naturaleza de los hechos mismos, y la naturaleza del litigio.

Solo se produce la infracción de las normas que regulan la carga de la prueba si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas aplicables para su atribución a una y otra de las partes, establecidas en los distintos apartados del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y desarrolladas por la jurisprudencia.

Por tanto, no puede hablarse de que un tribunal establezca una carga de la prueba mayor o menor, porque no es una calificación aplicable a esta institución. Lo único que infringiría las reglas legales reguladoras de la carga de la prueba es que el tribunal hubiera atribuido las consecuencias negativas de la falta de prueba del lucro cesante a la parte que no debía sufrirlas, y eso no ha sido alegado.

**3.-** Si a lo que se refiere la recurrente cuando alude a la carga de la prueba es al nivel o estándar de prueba exigible, debe recordarse lo declarado por esta Sala en la sentencia 390/2010, de 24 de junio, con cita de otra anterior:

«Vigentes en nuestro sistema probatorio los principios de libre apreciación y elasticidad, salvo excepciones, como afirma la sentencia de esta Sala número 81/2007, de 2 febrero "no se exige una

determinada cantidad o entidad probatoria -dosis o tasa de prueba-. Determinar esta dosis es función soberana de los tribunales que conocen en instancia -primera y apelación-, estando vedado su acceso a casación salvo que se incurra en arbitrariedad o irrazonabilidad con infracción del art. 24.1 CE " [...]».

4.- En cuanto a la razonabilidad en la valoración de la prueba, que es lo realmente planteado en el motivo, debe recordarse que, como de modo reiterado ha declarado esta Sala, en nuestro sistema el procedimiento civil sigue el modelo de la doble instancia, razón por la que ninguno de los motivos que *numerus clausus* [relación cerrada] enumera el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la valoración de la prueba. El recurso extraordinario por infracción procesal no da paso a una tercera instancia en la que fuera de los supuestos excepcionales se pueda replantear la completa revisión de la valoración de la prueba, ya que esta es función de las instancias y las mismas se agotan en la apelación. Que el juicio del tribunal de apelación sobre la importancia relativa de unas y otras pruebas, la valoración de las mismas, las conclusiones fácticas que extrae de este proceso valorativo, y la mayor relevancia otorgada a unos u otros aspectos fácticos, no sean compartidos por la recurrente, incluso que sean razonablemente discutibles, no convierte en arbitraria ni errónea la revisión de la valoración de la prueba hecha por la Audiencia Provincial.

En nuestras sentencias número 418/2012, de 28 de junio , y 262/2013, de 30 de abril , tras reiterar la admisibilidad de un excepcional control de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de la segunda instancia, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, hemos declarado lo siguiente:

«No todos los errores en la valoración de la prueba tienen relevancia constitucional [...], dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, - material o de hecho -, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales».

5.- En definitiva, la valoración de la prueba, como función soberana y exclusiva de los tribunales de las instancias, no es revisable en este recurso extraordinario, salvo cuando, por ser manifiestamente arbitraria o ilógica, no supere el test de razonabilidad constitucionalmente exigible para entender respetado el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución Española , lo que no es el caso de la sentencia recurrida.

6.- La valoración de la prueba pericial realizada por los tribunales de instancia podrá ser compartida o no (evidentemente, la recurrente no la comparte), pero no puede ser calificada como irrazonable o arbitraria. Las razones por las que no se otorga credibilidad al informe pericial que Wacker presentó para la valoración del lucro cesante fueron que el informe partía de una estimación de la evolución de los precios del polisilicio con base en lo publicado por una entidad y no sobre los precios reales que la demandada había obtenido de los clientes de reemplazo, y asimismo partía de una evolución bajista de los precios del polisilicio en los años siguientes que se contradecía con las propias expectativas de incremento de la demanda del producto que resultaba de otro documento aportado por Wacker.

Los argumentos de la recurrente no cuestionan la segunda de las razones expresadas, y, en cuanto a la primera, el motivo se formula de un modo artificioso, pues la razón de que no se otorgara credibilidad al informe pericial no es porque debiera haberse identificado el producto que iba a ser destinado a Wafers y fue vendido a otros clientes, sino que se consideró más adecuado haber partido de cuál fue el precio efectivo del producto vendido a los clientes de reemplazo, esto es, aquellos con los que Wacker contrató cuando se había interrumpido el suministro a Wafers.

7.- En todo caso, no debe olvidarse que la falta de acreditación adecuada del lucro cesante es un argumento de refuerzo, puesto que el argumento principal de las sentencias de instancia es que la interpretación del contrato celebrado entre Wafers y Wacker eximía a aquella de responsabilidad por el incumplimiento de su obligación de suministrarse de Wacker durante cinco años.

Por tanto, el motivo, incluso en el caso de que sus argumentos fueran acertados, carecería de efecto útil, pues no podría haber determinado la revocación de la sentencia salvo que se estimara la impugnación de lo que constituyó el fundamento principal de la sentencia, que negaba la procedencia de indemnizar el lucro cesante que pudiera haberse provocado a Wacker.

#### **Recurso de casación.**

**SEXTO.-** *Formulación de los dos primeros motivos del recurso de casación.*

1.- El primer motivo del recurso de casación se encabeza con este título:

«Oposición en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación con la consagrada cláusula *rebus sic stantibus* ».

2.- En el desarrollo de este motivo, Wacker impugna que la sentencia de la Audiencia Provincial considere que Wafers se encontraba amparada para resolver el contrato que le unía con la recurrente por la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* [estando así las cosas], puesto que se trataba de un contrato especulativo, de una operación arriesgada, por lo que debe aplicarse el principio *pacta sunt servanda* [los contratos deben ser cumplidos], al no concurrir los requisitos que exige la jurisprudencia. Alega la recurrente que la jurisprudencia se muestra muy restrictiva para aceptar esta figura, a la que considera peligrosa pues supone vulnerar el principio básico *pacta sunt servanda*. La jurisprudencia habría declarado reiteradamente que la doctrina *rebus sic stantibus* no puede servir de remedio para subsanar la falta de previsión de las partes.

3.- El segundo motivo del recurso lleva este epígrafe:

«Oposición en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación con la fuerza mayor».

4.- En el desarrollo de este motivo, la recurrente impugna la aplicación que las sentencias de instancia han hecho de la figura de la fuerza mayor regulada en el art. 1105 del Código Civil , puesto que faltan los requisitos establecidos por la jurisprudencia para aplicar la figura de la fuerza mayor regulada en dicho precepto, en concreto la imprevisibilidad, la inevitabilidad y la independencia del suceso respecto de la parte que lo alega.

**SÉPTIMO.- Decisión de la Sala. Desestimación de los motivos.**

1.- La recurrente enfoca incorrectamente las cuestiones objeto de estos motivos del recurso. En primer lugar, como ya se ha expresado, la resolución del contrato de suministro no ha sido acordada con base en la doctrina de la *rebus sic stantibus* , sino por aquietarse Wackers a la solicitud de resolución del contrato por convenir al interés del concurso que formuló Wafers.

2.- En segundo lugar, los tribunales de instancia no han aplicado las instituciones de la *rebus sic stantibus* y la fuerza mayor, desarrolladas por la jurisprudencia con base en determinados principios del ordenamiento jurídico como la buena fe y la regla de la conmutatividad del comercio jurídico, la primera, y en aplicación del art. 1105 del Código Civil , la segunda, y que suponen la aplicación de previsiones ajenas al contenido convenido de los contratos, que por exigencias del ordenamiento jurídico (sea de sus principios inspiradoras, sea de previsiones legales específicas) matizan o limitan las consecuencias del cumplimiento de lo convenido en los contratos cuando tal cumplimiento lleva a consecuencias que un elemental sentido de la justicia considera excesivas e injustas.

Lo que han hecho tanto el Juzgado Mercantil como la Audiencia ha sido interpretar determinadas previsiones contractuales que contenían estipulaciones aplicables a los supuestos en los que una de las partes se viera imposibilitada para cumplir sus obligaciones por causas ajenas al control razonable de la parte, y que excepcionaban el derecho de la vendedora a retener el anticipo del precio cuando, en palabras de las sentencias de instancia, hubieran devenido irrazonables los términos acordados en el contrato.

La referencia a la fuerza mayor y a la *rebus sic stantibus* que se hace en las sentencias de instancia lo es a la configuración de la exención de responsabilidad por causas ajenas a la voluntad de las partes que se contiene en la estipulación novena del contrato, que se titula justamente «fuerza mayor», y a la exención al derecho de la vendedora de retener el anticipo del precio cuando concurren determinadas circunstancias, tal como se prevé en el anexo A del contrato.

3.- No existe, por tanto, una tensión entre el principio *pacta sunt servanda* y la aplicación de principios jurídicos ajenos a lo convenido expresamente por las partes, como ocurre con la fuerza mayor y la doctrina *rebus sic stantibus* , que haya de ser solucionada por los tribunales de instancia siguiendo los criterios jurisprudenciales. Lo que ha existido es una determinada interpretación de ciertas cláusulas del contrato. La recurrente, si no compartía las conclusiones a las que llegaron los tribunales de instancia, podía haber intentado desvirtuarlas articulando su recurso sobre la base de la infracción de las normas legales que regulan la interpretación de los contratos ( art. 1281 a 1289 del Código Civil ) o el carácter arbitrario o irrazonable de tal interpretación, dentro del limitado ámbito en que la interpretación de los contratos puede ser impugnada en casación. Al no hacerlo así, la Sala debe partir de la interpretación de los contratos hecha en la instancia.

No pueden prosperar unos motivos de recurso basados en la supuesta infracción de la jurisprudencia que interpreta determinados principios del ordenamiento jurídico y un precepto legal, el art. 1105 del Código Civil, porque no constituye la razón de la decisión adoptada en la instancia.

**OCTAVO.-** *Formulación del motivo tercero del recurso.*

1.- El tercer y último motivo del recurso se encabeza con un breve epígrafe:

«Infracción del artículo 61.2 de la Ley Concursal : existencia de jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales».

2.- En el motivo se alega que existe contradicción entre las Audiencias Provinciales sobre la procedencia de indemnizar a la parte *in bonis* en el caso de resolución del contrato por convenir al interés del concurso, y solicita que se fije jurisprudencia en el sentido de que el art. 61.2 de la Ley Concursal establece que la parte *in bonis* debe ver satisfechos todos los daños que la resolución del contrato en interés del concurso le haya causado, con independencia de las previsiones contractuales y sin que quepa exigirle una carga de la prueba de tal magnitud que suponga de facto la imposibilidad de que vea satisfechos los daños sufridos de complicada cuantificación.

**NOVENO.-** *Decisión de la Sala. Necesidad de atender a la regulación contractual para fijar la indemnización en caso de resolución del contrato por convenir al interés del concurso.*

1.- La contradicción entre las sentencias de la Audiencia que alega la recurrente es artificiosa. La cita de sentencias en las que se acuerda la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la resolución de un contrato por convenir al interés del concurso, sin que se plantee problema alguno con relación a previsiones contractuales que excluirían la procedencia de indemnizar daños y perjuicios, no es significativa de que exista una línea decisoria en las sentencias de las Audiencias Provinciales favorable a que cuando se aplique el párrafo segundo del art. 61.2 de la Ley Concursal deba acordarse una indemnización con independencia de lo que prevea el contrato resuelto.

2.- El texto de este precepto legal establece que cuando no haya acuerdo entre el concursado y el otro contratante en cuanto a la resolución y sus efectos, «el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, *en su caso*, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa» (énfasis añadido).

La dicción literal del precepto muestra que la indemnización de los daños y perjuicios con cargo a la masa no es una consecuencia necesaria e ineludible de la resolución del contrato por convenir al interés del concurso. Es necesario realizar un enjuiciamiento tanto fáctico como jurídico, esto es, es necesario valorar si aplicando la regulación contractual establecida en el contrato a las circunstancias fácticas concurrentes, la resolución que resulta del régimen excepcional contenido en el art. 61.2 de la Ley Concursal determina la procedencia de indemnizar daños y perjuicios, y si efectivamente tales daños y perjuicios se han producido.

No podría determinarse la procedencia y cuantía de la indemnización de daños y perjuicios si no tomamos en consideración el contenido del contrato, por ejemplo, el precio a pagar por una parte, el objeto a entregar o el servicio a prestar por la otra, etc. Del mismo modo, la regulación contractual de cuándo queda exenta una parte de responsabilidad por falta de cumplimiento de su prestación o de cuándo tiene derecho a que le sea restituido lo que entregó como anticipo a la contraparte, son determinantes para fijar si procede indemnizar y en qué cuantía, o si procede restituir.

La resolución contractual prevista en el segundo párrafo del art. 61.2 de la Ley Concursal no obsta la eficacia del resto de la reglamentación contractual, en tanto no se oponga a la disciplina jurídica de esa resolución excepcional prevista en la regulación del concurso. Tan solo prevé una nueva causa de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, establece el cauce procesal para acordarlo, y que las restituciones y la indemnización que en su caso procedan en favor de la parte *in bonis* se satisfarán con cargo a la masa, esto es, tendrán la consideración de créditos contra la masa. Pero no equipara esta resolución con la causación de un daño indemnizable al contratante no concursado, ni excepciona las reglas que deben aplicarse para determinar si existe daño y si existe responsabilidad.

3.- En el supuesto enjuiciado, como se ha visto al resolver los anteriores motivos del recurso, las partes se mostraron conformes en la procedencia de resolver el contrato por convenir al interés del concurso, si bien ya con anterioridad habían dejado de realizar las prestaciones acordadas, pues la concursada había dejado de pagar el suministro de polisilicio y Wacker había dejado de suministrarle tal producto. La divergencia entre

ambas se circunscribía a los efectos económicos de dicha resolución, y para determinarlos, los tribunales de instancia acudieron a la reglamentación contractual y a las previsiones que en la misma se contenían respecto de las causas que eximían de responsabilidad a la parte por la falta de cumplimiento de la prestación comprometida y a las causas que determinaban la obligación del suministrador de restituir el anticipo del precio recibido.

En tanto que la resolución por conveniencia del interés del concurso no determina necesariamente la procedencia de indemnización, y en tanto que la disciplina contractual de la responsabilidad de los contratantes y de la restitución del anticipo del precio no resulta excluida por la aplicación del art. 61.2 de la Ley Concursal, el criterio seguido por la sentencia recurrida, al acudir a la regulación contractual para decidir sobre los efectos económicos de la resolución del contrato, ha sido correcto.

Cuestión distinta es que la interpretación de las cláusulas contractuales haya sido o no correcta, pero, como se ha dicho, la recurrente no ha formulado ningún motivo fundado en la infracción de las normas legales que regulan la interpretación de los contratos.

4.- La recurrente alega que con la resolución del contrato prevista en el art. 61.2 de la Ley Concursal no puede ponerse a la contraparte de la concursada en una situación peor de la que ocuparía si se respetase lo pactado. El argumento no tiene en cuenta que tampoco se le puede poner en una posición mejor que la que le corresponde conforme a la reglamentación contractual, puesto que en tal caso se estaría produciendo un perjuicio injustificado para la concursada.

5.- La alegación relativa a que ha de determinarse la existencia del daño teniendo en cuenta la regulación del contrato y no la situación existente cuando se produjo la solicitud de resolución en interés del concurso, no puede fundar la estimación del recurso, puesto que la decisión adoptada por los órganos de instancia se basa justamente, como razón principal, en la interpretación del contrato y en la fijación de cuál fue la regulación contractual acordada en el mismo, que, según entendieron, eximía de responsabilidad a la concursada y obligaba a la hoy recurrente a devolver el anticipo del precio.

El otro argumento, consistente en que si se tomaba en cuenta la situación existente cuando se solicitó la resolución del contrato por convenir al interés del concurso, no existiría daño alguno que indemnizar, es un argumento de refuerzo cuya alegada incorrección carece de relevancia alguna.

6.- Por último, lo relativo a la «carga de la prueba sobre la indemnización», ya ha sido resuelto al dar respuesta al segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, al que nos remitimos.

Por tanto, el motivo, y con él el recurso en su totalidad, debe ser desestimado.

**DÉCIMO .-** *Costas y depósitos.*

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

## **FALLAMOS**

1.º- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Wacker Chemier, AG, contra la sentencia 373/2013, de 25 de septiembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de León en el recurso de apelación núm. 126/2013.

2.º- Imponer a la recurrente las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación así como la pérdida de los depósitos constituidos.

Líbrense al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Francisco Marin Castan.-Ignacio Sancho Gargallo.-Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.-Pedro Jose Vela Torres.-FIRMADA Y RUBRICADA. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Saraza Jimena**, 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