

Roj: STS 1626/2014  
Id Cendoj: 28079110012014100176  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 537/2012  
Nº de Resolución: 190/2014  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: ANTONIO SALAS CARCELLER  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Abril de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 487/09, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 54 de Madrid; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de **The Governor and Company of the Bank of Ireland** y **Bank of Ireland Private Banking Limited**, representadas ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Manuel Lanchares Perlado; siendo parte recurrida las entidades mercantiles **Procom Desarrollos Urbanos S.A.** y **Cecosa Hipermercados S.L.U.**, representadas por el Procurador de los Tribunales don Isidro Orquín Cedenilla.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio ordinario, promovidos a instancia de Procom Desarrollos Urbanos S.A. y Cecosa Hipermercados S.L.U. contra The Governor and Company of the Bank of Ireland y Bank of Ireland Private Banking Limited.

1.- Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara "... *Sentencia por la que:* a) *Condene a The Governor and Company of the Bank of Ireland al cumplimiento del Contrato de Compraventa de acciones de la Sociedad "Procom Desarrollo Comercial de Zaragoza, S.A." de fecha 17 de mayo de 2007, y en consecuencia a otorgar la Escritura Pública de Compraventa de Acciones, y a pagar solidariamente a Procom Desarrollos Urbanos S.A. y Cecosa Hipermercados S.L. el precio de compra que resulte a la fecha de otorgamiento de la Escritura Pública de conformidad con las fórmulas de cálculo establecidas para su determinación en el Contrato de Compraventa y demás contraprestaciones pactadas, más los intereses legales que se devenguen, y los daños y perjuicios, consistentes en el daño emergente y el lucro cesante, que se generen como consecuencia de la falta de otorgamiento del Contrato el día 20 de febrero de 2009, de acuerdo con lo que resulte acreditado en periodo probatorio.- b) Subsidiariamente declare resuelto el Contrato de Compraventa de acciones de la Sociedad "Procom Desarrollo Comercial de Zaragoza, S.A." de fecha 17 de mayo de 2007 que vinculó a las partes, por incumplimiento contractual por parte de The Governor and Company of the Bank of Ireland y condene a The Governor and Company of the Bank of Ireland a resarcir a Procom Desarrollos Urbanos S.A. y Cecosa Hipermercados S.L.U los daños y perjuicios causados consistentes en el daño emergente y el lucro cesante, de acuerdo con lo que resulte acreditado en periodo probatorio.- c) Condene a Bank of Ireland Private Banking Limited a pasar por las anteriores declaraciones y condenas y acuerde la cancelación de los avales otorgados en garantía del pago a cuenta entregados en virtud del Contrato a favor de Bank of Ireland Private Banking Limited por el Banco de Sabadell el día 26 de junio de 2007 y por la Caja de Ahorros del Mediterráneo y el EBN Banco de Negocios, S.A. el día 13 de junio de 2007 y condene a Bank of Ireland Private Banking Limited a devolver a Procom Desarrollos Urbanos S.A. y Cecosa Hipermercados S.L. los originales de dichos avales.- d) Y condene así mismo a The Governor and Company of the Bank of Ireland y Bank of Ireland Private Banking Limited al pago de las costas del presente procedimiento."*

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de The Governor and Company of the Bank of Ireland y The Bank of Ireland Private Banking Limited contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, "... dicte en su día sentencia desestimatoria de la demanda formulada por Procom Desarrollos Urbanos, S.A. y Cecosa Hipermercados S.L.U. con expresa imposición de costas a la demandante" ; al tiempo que formulaba reconvencción, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado "... dicte en su día sentencia estimatoria de la presente demanda reconvenccional por la que, Condene solidariamente a Procom Desarrollos Urbanos, S.A. y Cecosa Hipermercados S.L.U. a devolver a mi representada la suma de Cuarenta Millones de Euros (40.000.000#) con expresa imposición de costas a las demandadas reconvenccionales." Con posterioridad esta parte presentó escrito suplicando al juzgado: "... tenga por manifestada la satisfacción extraprocesal de la tutela pretendida y la carencia sobrevenida de objeto respecto de la demanda reconvenccional interpuesta por esta parte y la consiguiente intención de esta parte de desistir de la misma y, previos los trámites que sean procedentes, dicte auto de terminación del proceso reconvenccional procediendo al sobreseimiento y archivo de la meritada demanda reconvenccional." Por resolución de fecha 18 de junio de 2009, se tuvo por desistida a la demandada de su solicitud de demanda reconvenccional.

4.- Convocadas las partes a la audiencia previa, las pruebas propuestas y declaradas pertinentes fueron practicadas en el juicio, quedando los autos conclusos para sentencia.

5.- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 5 de febrero de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Estimando en parte la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Sr. Orquín en nombre y representación de Procom Desarrollos Urbanos S.A. y Cecosa Hipermercados S.L., frente a The Governor and Company of the Bank of Ireland y Bank of Ireland Private Banking Limited, representados por el Procurador de los Tribunales Sr. Lanchares Perlado: 1º Declaro resuelto el acuerdo entre las partes de fecha 17 de mayo de 2007 respecto de la compraventa de acciones de la sociedad Procom Desarrollo Comercial de Zaragoza S.A. por incumplimiento de The Governor and Company of the Bank of Ireland y de Bank of Ireland Private Banking Limited. - 2º Condeno a las demandadas de forma conjunta y solidaria a indemnizar a los demandantes en concepto de daños y perjuicios en la suma de Noventa Millones, Ochocientos Setenta y Un Mil Euros (90.871.000 euros), por mitad a cada una, aplicándose los intereses de mora procesal desde la fecha de esta sentencia hasta el completo pago.- 3º No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las Costas."

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpusieron recursos de apelación la actora y la demandada, y sustanciada la alzada, la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 26 de diciembre de 2011 , cuyo Fallo es como sigue: "Estimamos parcialmente el recurso de apelación, articulado por la representación procesal de Procom Desarrollos Inmobiliario Urbanos S.A. y Cecosa Hipermercados S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1 instancia Nº 54 de los esta Villa, en sus autos Nº 487/09, de fecha cinco de febrero de dos mil diez.- Desestimamos el recurso de apelación, articulado por la representación procesal de The Governor and Company of the Bank of Ireland y de Bank of Ireland Private Banking Limited, contra la sentencia identificada en el párrafo anterior.- Revocamos dicha resolución y sustituimos su parte dispositiva por la siguiente: 1º Estimamos parcialmente la demanda articulada por la representación procesal de Procom Desarrollos Inmobiliario Urbanos S.A. y Cecosa Hipermercados S.L., contra The Governor and Company of the Bank of Ireland y de Bank of Ireland Private Banking Limited.- 2º.- Declaramos resuelto el contrato de fecha diecisiete de mayo de dos mil siete entre los litigantes, unido a los autos a los f. 88 a 125, para la compra de las acciones de la sociedad Procom Desarrollo Comercial de Zaragoza, S.A. propiedad de Procom Desarrollos Inmobiliario Urbanos S.A. y Cecosa Hipermercados S.L. por incumplimiento imputable a los demandados, The Governor and Company of the Bank of Ireland y de Bank of Ireland Private Banking Limited.- 3º .- Condenamos a The Governor and Company of the Bank of Ireland y a Bank of Ireland Private Banking Limited, a que paguen a Procom Desarrollos Inmobiliario Urbanos S.A. y Cecosa Hipermercados S.L. la cantidad de Ciento Tres Millones Quinientos Treinta y Cinco Mil Doscientos Cincuenta Euros (103.535.250#) de principal más los intereses del Art. 576 L.E.C . en los términos del ordinal siguiente.- 4º.- Desde la fecha de la Sentencia de Instancia por la cantidad de Noventa Millones Ochocientos Ochenta y Un Mil Euros. Por la cantidad de Doce Millones Seiscientos Cincuenta y Cuatro Mil Doscientos Cincuenta Euros (12.654.250#), desde la fecha de esta resolución.- 5º.- No Hacemos expresa condena en las costas de 1ª instancia.- 6º.- Imponemos a The Governor and Company of the Bank of Ireland y a Bank of Ireland Private Banking Limited, las costas de esta alzada causadas por su recurso.- 7º.- No Hacemos expresa condena en las costas de esta alzada causadas por el recurso de Procom Desarrollos Inmobiliario Urbanos S.A. y Cecosa Hipermercados S.L."

**TERCERO.-** El Procurador don Manuel Lanchares Perlado, en nombre y representación de **The Governor and Company of The Bank of Ireland y de Bank of Ireland Private Banking Limited** formalizó recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, fundado el primero en tres motivos, que son los siguientes: 1) Por vulneración de los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española ( artículo 469.1.4º LEC ) por incurrir la sentencia en arbitrariedad e irrazonabilidad manifiestas en la valoración de la prueba pericial para la determinación del lucro cesante; 2) Igualmente por vulneración de los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española ( artículo 469.1.4º LEC ) por incurrir la sentencia en error manifiesto y determinante de la decisión al estimar el precio de las acciones; y 3) Al igual que los anteriores, por vulneración de los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española ( artículo 469.1.4º LEC ) por incurrir en error manifiesto al pronunciarse sobre el último concepto indemnizatorio: la financiación adicional.

Por su parte, el recurso de casación aparece fundado en los siguientes motivos: 1) Por infracción del artículo 1106 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla, con cita de las sentencias de 14 julio 2006 , 21 abril 2008 , 5 de mayo y 16 diciembre 2009 ; 2) Por infracción de la doctrina de los actos propios, con cita de las sentencias de esta Sala núm. 241/2002, de 15 marzo ; 22 enero 1997 y núm. 209/2008, de 12 marzo , entre otras; 3) Por infracción de los artículos 1114 y 1115 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que los interpreta; 4) Por infracción de la jurisprudencia relativa a las cartas de patrocinio, con cita de las sentencias núm. 529/2005, de 30 junio ; núm. 96/2007, de 13 febrero y la de 16 diciembre 1985 ; y 5) Por infracción del artículo 1184 del Código Civil en relación con la doctrina jurisprudencial sobre el incumplimiento no culpable y la imposibilidad física o legal del cumplimiento de la prestación pactada, con cita de las sentencias de 20 abril 1994 , 14 noviembre 1998 , 30 abril 2002 y 21 abril 2006 .

**CUARTO.-** Por esta Sala se dictó auto de fecha 5 de febrero de 2013 por el que se acordó la admisión de ambos recursos y que se diera traslado de los mismos a las parte recurrida, Procom Desarrollos Urbanos SA y Cecosa Hipermercados SL, que se opusieron a su estimación mediante escrito presentado en su nombre por el procurador don Isidro Orquín Cedenilla.

**QUINTO.-** No habiéndose solicitado la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 20 de marzo de 2014, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Antonio Salas Carceller** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los hechos de los que nace el presente proceso, según vienen expresados en la sentencia de primera instancia, son básicamente los siguientes:

a) El 17 de mayo de 2007, Procom Desarrollos Urbanos SA y Cecosa Hipermercados SL, como vendedoras, y The Governor and Company of The Bank of Ireland, que participa al 100% en la sociedad Bank of Ireland Private Banking Limited (en adelante, BOI), como compradora, firmaron un documento cuyo objeto era la futura compraventa, mediante otorgamiento de escritura pública, de 1.700.000 acciones nominativas representativas del 100% del capital social de la sociedad Procom Desarrollo Comercial de Zaragoza SA, propiedad de ambas vendedoras al 50%, la cual estaba construyendo en Zaragoza el complejo comercial "Plaza Imperial", cuya apertura estaba prevista para el segundo semestre de 2008.

b) Las vendedoras habían recibido ofertas de otras entidades de reconocido prestigio en el sector inmobiliario como ING Real Estate, Commerz Grundbesitz o Quinlan Private, optando por la del BOI por importe de 360,5 millones de euros.

c) El complejo se compondría de un centro comercial y de ocio (que incluía un hipermercado y una gasolinera cuya venta ya estaba comprometida a favor de Erosmer Ibérica S.A. en contrato privado de 2 de agosto de 2006) y un parque de medianas superficies.

d) El contrato incluía en su cláusula 5ª los métodos de cálculo del precio de compra inicial y del aplazado. Para tal cálculo se atendía fundamentalmente a la tasa de capitalización (4,9) y a las rentas obtenidas por el arrendamiento de los locales.

e) Según la cláusula 6.1.1, en el plazo máximo de cinco días siguientes al cumplimiento de la condición suspensiva pactada en el apartado 7.2.1 (aprobación de la financiación), el BOI debería hacer efectivo a los vendedores 40 millones de euros (20 millones a cada uno), cuya devolución garantizaban Procom y Cecosa mediante la entrega de sendos avales, para el caso de que no se cumpliera alguna de las restantes condiciones suspensivas. Según lo previsto en la cláusula 7.1, el otorgamiento de la escritura pública de venta de las

acciones se llevaría a cabo entre el 20 de noviembre de 2008 y los tres meses siguientes y se supeditaba en la cláusula 7.2 al cumplimiento de once condiciones suspensivas.

f) Se establecía como primera condición con efecto suspensivo para la eficacia del contrato (cláusula 7.2.1) la concesión al comprador por entidad de crédito de la financiación necesaria para la formalización de la compraventa, lo que se acreditaría mediante comunicación escrita dirigida al comprador por dicha entidad de crédito en la que constara la concesión de la financiación. La razón de esta cláusula era que el Comité de Aseguramiento de Capital del Grupo Bank of Ireland únicamente autorizaba para la operación un importe máximo de 140 millones de euros, de forma que otros 244 millones habían de ser obtenidos mediante financiación ajena. Dado que Procom y Cecosa tenían interés en que esta cuestión quedara resuelta cuanto antes, se pactó que el cumplimiento de la condición debía quedar acreditado antes del 7 de junio de 2007.

g) Con el fin de obtener dicha financiación, el BOI entró en negociaciones con la entidad financiera alemana Hypo Real Estate Bank International AG. El 4 de junio de 2007 las vendedoras remiten un correo electrónico a los letrados del BOI recordando que el día 7 de junio de 2007 era la fecha límite para acreditar el cumplimiento de la condición 7.2.1 relativa a la financiación. El día 7 de junio de 2007, el Hypo Real Estate remite al BOI una carta donde confirma que su Consejo ha aprobado la financiación para la adquisición de las acciones de la sociedad y refinanciar la deuda existente, si bien dicha aprobación estaba sujeta a una auditoría legal satisfactoria, a una valoración y a la tramitación de la documentación del crédito.

h) Al día siguiente, 8 de junio de 2007, el BOI remite a los vendedores una comunicación donde les hace saber que el Hypo Real Estate ha aprobado la financiación, si bien sujeta a una tasación que en aquel momento se encontraba aún en fase de emisión, por lo que solicita de los vendedores la ampliación del plazo de cumplimiento de la condición hasta el día 12 de junio de 2007, no obstante lo cual ofrecían el pago de la parte del precio a cuenta previsto en la cláusula sexta en cinco días computados desde ese 8 de junio.

i) A los vendedores les pareció razonable la solicitud de ampliación del plazo en cinco días, por lo cual el mismo día 8 de junio de 2007 contestaron por correo electrónico a los abogados del BOI autorizando la prórroga solicitada y comprometiéndose a facilitar los datos de las cuentas bancarias donde había de efectuar el BOI las dos transferencias de 20 millones cada una a favor de las vendedoras.

j) Los abogados de BOI por nuevo correo electrónico de 12 de junio de 2007 remitieron a los representantes de las vendedoras una carta cuyo objeto era confirmar el cumplimiento de la condición suspensiva establecida en la cláusula 7.2.1. del contrato de compraventa. *En dicha carta el BOI adjuntaba copia de la remitida en esas fechas por Hypo Real Estate. Solicitaban de la parte vendedora que acusara recibo y confirmara que la condición había sido satisfactoriamente cumplida, lo que fue aceptado por los vendedores teniéndose por cumplida la condición referida a la financiación.*

k) Días después el BOI realiza el pago de 40 millones de euros a las vendedoras y estas hacen entrega de dos avales fechados el 13 y el 26 de junio y otorgados por la Caja de Ahorros del Mediterráneo, EBN Banco de Negocios SA y Banco de Sabadell.

l) El 11 de julio siguiente ambas partes firman una *addenda* al contrato donde daban por cumplida la condición 7.2.2 relativa a la auditoría del comprador, y en la que se contenían modificaciones y concreciones respecto de otras cláusulas, pero ninguna relativa a la financiación prevista en la cláusula 7.2.1.

m) El día 13 de julio de 2007 Hypo Real Estate remite al BOI una oferta de financiación sujeta a una serie de condiciones, la cual no costa que fuera remitida a las vendedoras Procom y Cecosa ni que éstas tuvieran conocimiento de ella, permaneciendo en lo sucesivo ajenas a la relaciones entre el BOI e Hypo Real Estate. Durante todo el año siguiente, compradora y vendedoras colaboraron en todo lo relativo al centro comercial adoptando decisiones conjuntamente. En septiembre de 2007 se abre una primera fase del centro comercial y la segunda fase fue inaugurada en el mes de septiembre de 2008 arrendándose la mayoría de los locales mediante contratos de duración entre 5 y 25 años.

n) A finales de septiembre de 2008, representantes del BOI se reúnen con los de la parte vendedora para comunicarles verbalmente que el Hypo Real Estate no les había concedido finalmente la financiación, lo que esta última comunicó formalmente por carta de 1 de octubre aludiendo a *"las persistentes y actuales condiciones adversas del mercado y de las circunstancias concretas del Proyecto"*, solicitando la compradora la revisión del precio pactado.

o) Los días 26 de septiembre y 7 de octubre de 2008, el BOI remite sendas cartas a Procom y Cecosa aludiendo a la falta de financiación para llevar a cabo la transacción prevista por lo que entendía que la condición suspensiva 7.2.1 no se había cumplido y en consecuencia lo acordado en mayo de 2007 ya no

tenía carácter vinculante. El BOI ejecutó los avales prestados y recuperó los 40 millones de euros entregados a las vendedoras.

**SEGUNDO.-** Las vendedoras Procom y Cecosa interpusieron demanda solicitando que se declarara resuelto el contrato de compraventa de acciones de la sociedad Procom Desarrollo Comercial de Zaragoza SA de 17 de mayo de 2007 por el incumplimiento de las demandadas The Governor and Company of The Bank of Ireland y de Bank of Ireland Private Banking Limited solicitando la condena de las demandadas a indemnizar a las demandantes en el importe de los daños y perjuicios causados tanto por el daño emergente como por el lucro cesante, según determinación a realizar en fase probatoria.

Las demandadas se opusieron a la demanda y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia nº 54 de Madrid dictó sentencia de fecha 5 de febrero de 2010 por la cual estimó en parte la demanda declarando resuelto el acuerdo entre las partes de fecha 17 de mayo de 2007 respecto de la compraventa de acciones de la sociedad Procom Desarrollo Comercial de Zaragoza S.A. por incumplimiento de las demandadas The Governor and Company of The Bank Of Ireland y The Bank Of Ireland Private Banking Limited y condenó a dichas demandadas de forma conjunta y solidaria a indemnizar a las demandantes en concepto de daños y perjuicios en la suma de noventa millones, ochocientos setenta y un mil euros (90.871.000 euros), por mitad a cada una, aplicándose los intereses de mora procesal desde la fecha de la sentencia hasta el completo pago; todo ello sin especial pronunciamiento sobre costas.

Ambas partes recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª) dictó sentencia, de fecha 26 de diciembre de 2011, que estimó parcialmente el recurso de apelación de las demandantes Procom y Cecosa y desestimó el interpuesto por las demandadas, revocando la sentencia de primera instancia a efectos de, con estimación parcial de la demanda, declarar resuelto el contrato por incumplimiento imputable a las demandadas, a las cuales condenó a satisfacer a las demandantes la cantidad de ciento tres millones quinientos treinta y cinco mil doscientos cincuenta euros (103.535.250#) de principal más los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, haciendo las correspondientes declaraciones sobre costas.

**TERCERO.-** El recurso por infracción procesal se refiere, en sus tres motivos, a la valoración de la prueba pericial sobre el importe de los daños y perjuicios causados.

De ahí que un orden lógico en la resolución de los recursos impone que, excepcionalmente, hayan de abordarse en primer lugar los motivos del recurso de casación que pretenden la íntegra desestimación de la demanda y, en consecuencia, la inexistencia de derecho alguno de las demandantes a ser indemnizadas ya que, en caso de ser estimado alguno de estos, resultaría innecesario cualquier pronunciamiento sobre la valoración de la prueba referida a los daños y perjuicios causados. Se tratará por ello, en primer lugar, de los motivos segundo al quinto, ambos incluidos, del recurso de casación; finalmente se tratará sobre el primero.

#### **Recurso de casación. Motivos segundo a quinto.**

**CUARTO.-** El motivo segundo se refiere a la infracción, por aplicación errónea, de la doctrina de los actos propios con cita de las sentencias de esta Sala núm. 241/2002, de 15 marzo; 22 enero 1997 y núm. 209/2008, de 12 marzo, entre otras.

La parte recurrente sostiene que al afirmar la sentencia (fundamento noveno, página 18 y fundamento undécimo, página 22) que el envío a Procom y Cecosa por parte de BOI de la carta de 12 de junio (doc. núm. 12 de la contestación a la demanda) dando por cumplida la condición, al ser aceptado ello por Procom y Cecina, "causa estado" y constituye un acto propio de los contratantes que impide después considerar incumplida la condición al fallar la financiación, constituye una conclusión errónea y contraria a la doctrina de los actos propios. Se dice al respecto, al formular el motivo, que la Sala no ha tenido en cuenta que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para que un acto cause estado es necesario que tenga carácter inequívoco, entendiéndose que no lo tiene cuando aparezca como ambiguo e inconcreto o cuando no manifieste con claridad lo querido por su autor; y se sostiene que la carta de 12 de junio de 2007, relacionada con la carta de Hypo de 7 de junio, no puede considerarse que sea inequívoca, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica de forma que no admita duda o equivocación.

Dice al respecto la sentencia (fundamento de derecho séptimo) que *«mucho tiempo después; un año después, la operación se frustra por la falta de financiación, lo que daría lugar a aplicar el Art.1115 C.C., pero lo impide un acto propio de ambos contratantes que purgaron la condición, dándola por cumplida de mutuo acuerdo, y comenzaron la ejecución del contrato en franca y leal colaboración. La teoría de BOI sería impecable si no hubiera mediado el consentimiento recíproco en tener por cumplida la condición, y no se*

*hubiera comenzado la ejecución del contrato como si la condición no existiese. Por eso el fallo posterior de la financiación no es computable a los efectos de la ineficacia del contrato, al amparo del Art.1115 y 1117 C.C ., aunque pueda repercutir en las relaciones entre BOI e Hypo».*

La conclusión obtenida por la Audiencia ha de ser compartida en tanto que efectivamente ha de considerarse como acto propio la comunicación de haber quedado cumplida la condición sobre financiación, lo que permite a los vendedores confiar en el buen fin de la operación y mantener por tanto la vinculación contractual, siendo contrario a la buena fe y a la lealtad contractual que un año después se pretenda sostener lo contrario faltando al compromiso que supone la propia actuación que genera confianza en la otra parte. De ahí que en el caso no se ha producido una aplicación de dicha doctrina en forma distinta a la que esta Sala ha venido manteniendo en las resoluciones citadas y en muchas otras. Fueron las propias partes las que se mostraron inequívocamente de acuerdo en que dicha condición de eficacia del contrato se había cumplido.

**QUINTO.-** El motivo tercero se formula por infracción de los artículos 1114 y 1115 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que los interpreta, con cita de las sentencias de 27 abril 1989 , 31 octubre 1992 , 18 julio 2006 y 9 diciembre 2008 .

La parte recurrente se muestra disconforme con el hecho de que la Audiencia considere que el envío por parte de BOI a Procom y Cecosa de la carta de 12 de junio de 2007, dando por cumplida la condición seguida conformidad de aquéllas, purifica el negocio e impide considerar ineficaz el mismo una vez denegada la financiación.

Si, como se ha dicho, la parte compradora remitió carta a las vendedoras de fecha 12 de junio de 2007 por la que le solicitaba acuse de recibo y confirmación de que la condición había sido satisfactoriamente cumplida, lo que fue aceptado por los vendedores, no cabe hablar de infracción alguna de las normas citadas ( artículos 1114 y 1115 del Código Civil ) y no contribuye a ello la expresión en el motivo de una autorizada doctrina sobre las obligaciones condicionales pues el artículo 1114 del Código Civil contiene una definición de las obligaciones condicionales de la que no se aparta en modo alguno la sentencia impugnada y el 1115 contempla la nulidad de la obligación sometida a condición puramente potestativa, circunstancia que no concurre en el caso. Por otra parte, el principio de autonomía de la voluntad presente en el artículo 1255 del Código Civil permitiría a las partes suprimir de común acuerdo condiciones previamente establecidas, lo que comporta que de igual modo puedan tener por cumplida de mutuo acuerdo y definitivamente la pactada en el contrato.

**SEXTO.-** El cuarto motivo se refiere a la infracción de la jurisprudencia relativa a las cartas de patrocinio, con cita de las sentencias núm. 529/2005, de 30 junio ; núm. 96/2007, de 13 febrero y la de 16 diciembre 1985 .

Se destaca en el motivo un párrafo de la sentencia impugnada según el cual *«con arreglo a estas ideas hemos examinado las cartas de HYPO a BOI y su remisión a PROCOM y CECOSA, y no podemos por menos que calificarlas de cartas de patrocinio fuertes, que generaban en PROCOM y CECOSA la confianza de que la financiación estaba concedida y pendiente de solo la documentación del contrato y su formalización...».*

El motivo se desestima pues con independencia de que la sentencia se refiere extensamente a la doctrina jurisprudencial sobre las "cartas de patrocinio", recogida en las sentencias a que se refiere el motivo y en otras dictadas por esta Sala, no es ésta la "ratio decidendi" o elemento fundamental sobre el que la sentencia impugnada se asienta para dar por sentado el cumplimiento de la condición sobre financiación que habían de obtener los compradores, sino que la condición se da por cumplida por la propia actuación de dichos compradores que así lo manifestaron -según se ha señalado- de forma que ha de considerarse plenamente vinculante para ellos, siendo así que el acuerdo de ambas partes dando por cumplida la condición no puede quedar sin efecto por la decisión de una de ellas.

En consecuencia, la mención al efecto vinculante de las "cartas de patrocinio" no constituye más que un argumento adicional al que se ofrece con carácter fundamental respecto del cumplimiento de la repetida condición.

Ha de recordarse al respecto la doctrina de esta Sala según la cual el recurso de casación se da contra el "fallo", y los argumentos de la resolución recurrida que constituyan «ratio decidendi», no pudiendo fundarse en la impugnación de argumentos «dialécticos», «obiter», «de refuerzo», o «a mayor abundamiento» ( Sentencias de 23 marzo , 7 y 21 septiembre 2006 ; 9 abril , 17 y 18 septiembre 2007 ; 23 enero 2008 ; 22 junio 2010 ; y 16 diciembre 2013 ).

**SÉPTIMO.-** El motivo quinto denuncia la infracción del artículo 1184 del Código Civil en relación con la doctrina jurisprudencial sobre el incumplimiento no culpable y la imposibilidad física o legal del cumplimiento

de la prestación pactada, con cita de las sentencias de 20 abril 1994 , 14 noviembre 1998 , 30 abril 2002 y 21 abril 2006 .

En correlación con la norma del artículo 1182 del Código Civil -sobre la extinción de las obligaciones de dar cosa determinada en caso de pérdida o de destrucción- el 1184 se refiere a la imposibilidad de cumplimiento en las obligaciones de hacer ( *«también quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible»* ).

Esta Sala ha destacado que la dificultad en el cumplimiento no debe identificarse con la imposibilidad de que habla el artículo 1184 ( SSTS,1ª 11 noviembre y 15 diciembre 1987 , 23 febrero y 12 marzo 1994 ), siendo necesario que concurra una total y absoluta imposibilidad objetiva de cumplir la obligación ( SSTS,1ª de 11 noviembre y 15 diciembre 1987 , 23 diciembre 1988 y 1 febrero 1999 ). En alguna sentencia se indica que el artículo 1184 exige una alteración de las circunstancias completamente extraordinaria y racionalmente imprevisible que haga objetivamente inviable la revisión de los contratos para adaptarla a dichas circunstancias excepcionales y que se trate de un motivo imprevisible e irresistible, que no se considera existente en el caso de imposibilidad de lograr financiación ( sentencia 20 mayo 1997 ).

En consecuencia el motivo ha de ser desestimado porque no se da en el caso la situación de imposibilidad en los términos que requiere la norma que se dice infringida, con independencia de que pueda darse en otras situaciones -distintas de la presente- a que se refieren las sentencias que se citan en el motivo.

#### **Recurso de casación. Motivo primero.**

**OCTAVO.-** Se refiere el motivo primero a la infracción del artículo 1106 del Código Civil , según el cual *«la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes.»...*». Cita en su apoyo la doctrina emanada de las sentencias de esta Sala de 14 julio 2006 , 21 abril 2008 , 5 de mayo y 16 diciembre 2009 .

Las sentencias mencionadas, junto con otras muchas que pudieran citarse, coinciden en señalar que el lucro cesante, para poder ser objeto de indemnización al amparo de lo dispuesto por el artículo 1106 del Código Civil ha de quedar probado, sin que basten las meras especulaciones, expectativas o beneficios hipotéticos.

La parte recurrente afirma que se opuso a la indemnización reclamada por tal concepto manifestando que la prueba ofrecida por las demandantes -pericial sobre rentabilidad de otros proyectos similares- era insuficiente y que *«la sentencia omite todo pronunciamiento sobre las pruebas practicadas sobre este extremo en particular y da por probada la mitad de esa supuesta rentabilidad perdida sobre la base de generalidades tales como que la frustración de la venta y las escasas posibilidades en la actualidad de vender un centro comercial de gran envergadura han tenido que generar una pérdida; o que esa pérdida va a ser difícilmente compensable con los rendimientos obtenidos de la explotación del centro; que la disminución del consumo interno ha forzado a la baja la actividad de los negocios, que ha provocado la bajada de los precios de los alquileres, el abandono de los locales por los inquilinos o la negociación de las rentas a la baja»*.

Se trata, por tanto, desde la propia perspectiva adoptada por la parte recurrente, de una cuestión probatoria y no de aplicación de norma sustantiva -como es propio del recurso de casación- de modo que la sentencia impugnada ha tenido en cuenta el contenido de los informes periciales y ha hecho una valoración apoyada en hechos notorios derivados de una apreciación sobre la situación económica que en nada afectan a la recta aplicación del artículo 1106, siendo tales hechos notorios -no necesitados de prueba- la evidente dificultad actual en cuanto a la obtención de una rentabilidad que sí era posible cuando el contrato se celebró.

#### **Recurso por infracción procesal**

**NOVENO.-** El primero de los motivos alega vulneración de los derechos fundamentales de BOI reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española ( artículo 469.1.4º LEC ) por incurrir en arbitrariedad e irrazonabilidad manifiestas en la valoración de la prueba pericial para la determinación del lucro cesante.

Dice la sentencia impugnada que *«los daños existen y están acreditados por los propios informes periciales contradictorios, en los que se reconoce la existencia del lucro cesante, y además es de sentido común que así sea. La expectativa cierta de venta de un complejo comercial, a un precio adecuado, puesta en relación con la crisis actual del mercado inmobiliario y la depreciación constante de los inmuebles nos dice que el daño existe. Ante esas pruebas periciales contradictorias, el Tribunal que carece de cultura financiera, y de asesores internos que le ayuden a valorar adecuadamente los informes periciales de las partes (sic). Se encuentra en una tesitura muy peculiar; repudian al sentido común las diferencias abismales*

*de valoración de los daños, o las conclusiones absolutamente dispares sobre la existencia del daño, y su correlativa inexistencia o irrelevancia. La consecuencia es que alguno de ellos no se ajusta a la realidad, por exceso o por defecto, y salvo casos groseros de flagrante y evidente parcialidad de uno u otro perito, el Tribunal carece de conocimientos técnicos para juzgar cual es el informe más fiable en que basar su decisión, y en esos casos, el informe del perito judicial puede ser el informe dirimente, pero no hay prueba pericial judicial. En esa situación, el Tribunal tiene que valerse de las normas del sentido común y de la causalidad eficiente ....».*

Más tarde añade que *«en este caso parece que la frustración de la venta al precio originariamente pactado en 2007 y pagable a partir de 2009, y las escasas posibilidades actuales de vender un centro comercial de gran envergadura ha producido lucro cesante, escasamente compensable con la explotación del centro comercial. La disminución del consumo interno ha forzado a la baja actividad de los centros comerciales y al cierre de negocios, lo que repercute en los precios de los alquileres, que se traduce en la falta de alquiler de locales vacíos, en la tardanza de nuevos alquileres, o en su concertación a precios más bajos que en 2007 ó en 2009, o forzando al dueño a no aplicar las cláusulas de actualización, a moderarlas, o a renegociar las rentas a la baja».* No obstante estima la Audiencia que *«la indemnización más adecuada es la mitad de la media de la pérdida de rentabilidad calculada por los peritos de PROCOM y CECOSA, es decir: 12.654.250#».*

El hecho de que la Audiencia no se haya mostrado de acuerdo con las conclusiones del juez de primera instancia no aparece fundado en arbitrariedad o irrazonabilidad, pues entiende -y se extiende en argumentos sobre ello- que el precio de venta pactado en 2007 queda muy reducido a partir de 2009 por la situación económica *«y las escasas posibilidades actuales de vender un centro comercial de gran envergadura ha producido lucro cesante, escasamente compensable con la explotación del centro comercial....».*

**DÉCIMO.-** El segundo motivo se formula también por vulneración de los derechos fundamentales de BOI reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española ( artículo 469.1.4º LEC ) por incurrir la sentencia en error manifiesto y determinante de la decisión al estimar que "el precio de las acciones calculado por el perito de BOI es superior al que calcula el perito de PROCOM y CECOSA y a ese cálculo debemos estar por razón de proceder de la parte a que perjudica".

El motivo se desestima ya que, sobre la base de una afirmación contenida en el fundamento decimoquinto de la sentencia impugnada, se pretende revisar la valoración probatoria a efectos de determinar la indemnización procedente. La sentencia de primera instancia razonó ampliamente para llegar a la determinación del precio de compra dejado de percibir por la demandante, fijándolo en 76.871.000 euros (fundamento noveno, 2º) y frente a ello la parte recurrente se limitó a decir en su recurso de apelación (alegación undécima, apartado c), que con respecto al posible precio de venta de las acciones de la sociedad Procom Desarrollo Comercial de Zaragoza a 2 o 5 años vista "estos conceptos no dejan de ser una mera estimación basada en puras conjeturas que no pueden servir para fijar una indemnización de daños y perjuicios". Por otra parte, la recurrente no justifica la existencia de error en la determinación del precio inicial en 340.142.000 euros de la que partió la sentencia de primera instancia y se mantuvo en apelación.

El tercer motivo denuncia de nuevo la vulneración de los derechos fundamentales de BOI reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española ( artículo 469.1.4º LEC ) por incurrir en error manifiesto al pronunciarse sobre el último concepto indemnizatorio: la financiación adicional.

También ha de rechazarse el motivo. No se acredita la existencia de error en la breve formulación que la sentencia contiene en el fundamento de derecho decimoquinto que pudiera fundamentar una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Frente a la muy escasa argumentación que sobre este tema se contiene en la alegación undécima, apartado d, del escrito de apelación, la sentencia impugnada ratifica claramente el criterio del juzgador de primera instancia.

Dice la sentencia que "en relación con el último concepto de perjuicios, también se muestra de acuerdo con el Juez de Instancia. El precio de compra comprendía según la cláusula 7.3 del contrato, la cancelación de deuda externa y la financiación adicional de socios, *por lo que no es posible volverlo a traer a colación como concepto independiente* ", manteniendo sin embargo la indemnización reconocida por este concepto. En atención a ello podría discutirse sobre si hay una adecuada motivación de la sentencia pero no sobre la existencia de error, que podría predicarse igualmente de una u otra de tales afirmaciones.

**UNDECIMO.-** Procede por ello la desestimación de ambos recursos, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas por los mismos de conformidad con lo dispuesto por el artículo 398.1, en relación con el 394.1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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



## FALLAMOS

Que debemos **DECLARAR Y DECLARAMOS** no haber lugar a los recursos **extraordinario por infracción procesal y de casación** interpuestos por la representación procesal de **The Governor and Company of The Bank of Ireland y de Bank of Ireland Private Banking Limited** contra la sentencia de fecha 26 de diciembre de 2011 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª) en Rollo de Apelación nº 400/2010, dimanante de autos de juicio ordinario número 487/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 54 de dicha ciudad, a instancia de **Procom Desarrollos Urbanos SA y Cecosa Hipermercados SL**, contra las hoy recurrentes, la que **confirmamos** con imposición a las recurrentes de las costas causadas por ambos recursos y pérdida de los depósitos que se hayan constituido.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- **Antonio Salas Carceller**.- Ignacio Sancho Gargallo.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Antonio Salas Carceller**, 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 Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ