

Id Cendoj: 28079110012009100292  
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
 Sede: Madrid  
 Sección: 1  
 Nº de Recurso: 786/2004  
 Nº de Resolución: 289/2009  
 Procedimiento: Casación  
 Ponente: JESUS CORBAL FERNANDEZ  
 Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

Opción de compra y sucesiva compraventa de una parcela con las licencias y autorizaciones administrativas para la construcción en la misma de una estación de servicio. Falta de condiciones urbanísticas e imposibilidad práctica de construir la estación de servicio por el comprador como consecuencia de no tener la finca registral adquirida la superficie exigible y vendida por superponerse a la misma en gran parte otra finca registral perteneciente proindiviso a la vendedora, y a otras dos sociedades que no consienten la operación referida. Ocultación de esta circunstancia -existencia de la otra finca- a la compradora, no existiendo datos ostensibles que le permitieran conocer la realidad. Nulidad contractual: dolo "in contrahendo

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a cinco de Mayo de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación respecto la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, en grado de apelación, como consecuencia de autos de Juicio Ordinario de Mayor Cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número Nueve de Alicante; cuyo recurso fue interpuesto por la entidad El Cabaco Medios y Gestión S.L., y D<sup>a</sup>. Enma , representados por el Procurador D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Jesús Mateo Herránz; y como parte recurrida, la entidad Esso Española, S.L., representada por el Procurador D. Jorge Deleito García.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** 1.- La Procurador D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Carmen Baeza Ripoll, en nombre y representación de la entidad ESSO ESPAÑOLA, S.A., interpuso demanda de juicio declarativo de mayor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia número Nueve de Alicante, siendo parte demandada la entidad El Cabaco Medios y Gestión, S.L., y D<sup>a</sup>. Enma , alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "por la que: A) Con respecto a EL CABACO MEDIOS Y GESTION, S.L.: 1.- Con carácter principal, se declare la nulidad de la compraventa perfeccionada en virtud del ejercicio de la opción de compra y formalizada en escritura pública otorgada el 23 de enero de 1998, declarando la cancelación de la inscripción registral correspondiente, y condenando a EL CABACO MEDIOS Y GESTION S.L. a la obligación de restituir a ESSO ESPAÑOLA S.A. el precio total pagado por dicha transmisión, junto con los intereses legales devengados desde la fecha de su pago, así como la cuota del IVA que fue satisfecho por la actora, y los gastos notariales, registrales y tributos abonados por la demandante, siendo asimismo condenada al resarcimiento de los daños y perjuicios causados a la actora, así como a la obligación de liberar a mi mandante de los avales constituidos. 2.- Con carácter alternativo a la pretensión anterior, y sólo para el supuesto de no ser estimada, se declare resuelta la compraventa perfeccionada en virtud del ejercicio de la opción de compra y formalizada en escritura pública otorgada el 23 de enero de 1998, declarando la cancelación de la inscripción registral correspondiente, y condenando a EL CABACO MEDIOS Y GESTION S.L. a la obligación de restituir a ESSO ESPAÑOLA, S.A. el precio total pagado por dicha transmisión, junto con los intereses legales devengados desde la fecha de su pago, así como la cuota del IVA que fue satisfecho por la actora y los gastos notariales, registrales y tributos abonados por la demandante, siendo asimismo condenada al resarcimiento de los daños y perjuicios causados a la actora, así como a la obligación de liberar a mi representada de los avales constituidos. 3.- Todo ello con expresa imposición de las costas causadas. B)

Con respecto a D<sup>a</sup>. Enma : 1.- Se la declare, en su condición de Administradora de la mercantil EL CABACO MEDIOS Y GESTION S.L., responsable de las deudas y responsabilidades contraídas por ésta con la actora, y se condene a D<sup>a</sup>. Enma , a responder frente a ESSO ESPAÑOLA S.A. y de forma solidaria con la mercantil EL CABACO MEDIOS Y GESTION S.L., de cuantas obligaciones de restitución y de resarcimiento sean reconocidas en la Sentencia que se dice. 2.- Con expresa imposición de las costas causadas."

2.- El Procurador D. José Poyatos Martínez, en nombre y representación de la entidad "El Cabaco Medios y Gestión, S.L." y D<sup>a</sup>. Enma , contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "por la que: desestime íntegramente la demanda absolviendo de la misma a mis representados, EL CABACO y D<sup>a</sup>. Enma con expresa imposición de las costas a la parte actora."

3.- Evacuado el trámite de réplica y dúplica, por las partes demandante y demandada se presentaron respectivos escritos, ratificándose en los solicitado en la demanda y contestación a la demanda.

4.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas a los autos, las partes evacuaron el trámite de conclusiones en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia Número 9 de Alicante, dictó Sentencia con fecha 27 de noviembre de 2.002 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Estimar la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Baeza Ripoll, en representación de la demandante ESSO ESPAÑOLA, S.A., contra las demandadas EL CABACO MEDIOS Y GESTION S.L. y D<sup>a</sup>. Enma , representadas por el Procurador Sr. Poyatos Martínez, declarando la nulidad de la compraventa de 23 de enero de 1998, y la cancelación de la inscripción registral correspondiente, condenando solidariamente a las demandadas a que restituyan a la actora el precio pagado de 140.000.000 de pesetas, en su equivalente en euros, más los intereses legales desde el 23 de enero de 1.998 hasta la fecha de esta sentencia, y la cantidad resultante devengarán los intereses procesales del *art. 921 de la LEC de 1881* a partir de la sentencia hasta su completo pago; igualmente se las condena al pago de 22.400.000 pesetas, en su equivalente en euros, por la cuota del IVA satisfecha, y a la condena, de la cantidad de 2.980.988,24 EUROS como indemnización de daños y perjuicios, así como a liberar a la actora de los avales constituidos para el negocio anulado. Se imponen las costas a las demandadas."

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación de la entidad El Cabaco Medios y Gestión S.L., y D<sup>a</sup>. Enma , la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, dictó Sentencia con fecha 15 de enero de 2.004 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Poyatos Martínez en nombre y representación de El Cabaco, Medios y Gestión S.L. y D<sup>a</sup>. Enma contra la sentencia de fecha 27-11-02 dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 9 de Alicante en las actuaciones de las que dimana el presente rollo, debemos revocar y revocamos parcialmente aquella en el sentido de reducir la cantidad objeto de condena impuesta a las demandadas, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, a la suma de 955.653.01 €; confirmando en lo demás la citada sentencia; todo ello sin hacer pronunciamiento expreso sobre las costas causadas en ambas instancias."

**TERCERO.-** Por el Procurador D. José Poyatos Martínez, en nombre y representación de la entidad "El Cabaco Medios y Gestión, S.L." y D<sup>a</sup>. Enma , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación respecto la Sentencia dictada con fecha 15 de enero de 2.004, por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, con apoyo en los siguientes motivos, **MOTIVOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL:** **PRIMERO.-** Al amparo del *art. 469.1.2º de la LEC* , se alega infracción de los *arts. 217 y 218 de la misma Ley* en relación con el *art. 326.2*. **SEGUNDO .-** Bajo el mismo ordinal se alega infracción de lo dispuesto en el *art. 340 de la LEC*. **TERCERO .-** Se alega infracción de los *arts. 218 y 465.4 de la LEC* . **MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACION:** **PRIMERO.-** Al amparo del *art. 477.1 de la LEC* , se alega infracción de los *arts. 1.300 y 1.303 del Código Civil* en relación con los *arts. 1.269 y 1.270 del mismo Código*. **SEGUNDO .-** Bajo el mismo ordinal se alega infracción del *art. 1.106 y 1.107 del Código Civil*. **TERCERO .-** Se alega infracción del *art. 1 y ss del Decreto 3248/69 de 4 de diciembre de 1.969* , en relación con los *arts. 5 y 6 de la Ley de Colegios Profesionales 2/1974, de 13 de febrero* y con el *art. 1.242 del Código Civil*. **CUARTO .-** Se alega infracción del *art. 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada S.A. en relación con el 135 de la Ley de Sociedades Anónimas y del art. 1.968 del Código Civil* .

**CUARTO.-** Por Diligencia de Ordenación de 25 de marzo de 2.004, se tuvieron por interpuestos los recursos mencionados, y se acordó elevar las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

**QUINTO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen, como parte recurrente, la entidad El

Cabaco Medios y Gestión S.L., y D<sup>a</sup>. Enma , representados por el Procurador D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Jesús Mateo Herránz; y como parte recurrida, la entidad Esso Española, S.L., representada por el Procurador D. Jorge Deleito García.

**SEXTO.-** Por esta Sala se dictó Auto de fecha 5 de febrero de 2.008 , cuya parte dispositiva es como sigue: "1º) NO ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de EL CABACO MEDIOS Y GESTIÓN S.L. y de D<sup>ña</sup>. Enma contra la Sentencia dictada, con fecha 15 de enero de 2004 por la Audiencia Provincial de Alicante (sección 4ª) en el rollo de apelación nº 486/2003, dimanante de los autos de Juicio de Mayor Cuantía nº 303/1999 del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Alicante, en cuanto al motivo tercero del escrito de interposición. 2º) ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN en cuanto a los motivos primero, segundo y cuarto, interpuestos por la indicada representación procesal contra la referida Sentencia."

**SEPTIMO.-** Dado traslado, el Procurador D. Jorge Deleito García, en nombre y representación de la entidad Esso Española, S.A., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

**OCTAVO.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 14 de abril de 2.009, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El *objeto del proceso* versa sobre la nulidad, y subsidiariamente resolución, de un contrato de compraventa de una parcela adquirida con las licencias y autorizaciones administrativas necesarias para la construcción y explotación de una estación de servicio, pero que resultó que no reunía las condiciones de superficie pactadas, y urbanísticamente exigibles para su finalidad, al corresponder una parte de la misma a otra finca perteneciente a una comunidad proindiviso, dos de cuyos copropietarios son ajenos a la referida compraventa, existiendo además otras reclamaciones respecto de los linderos de la parcela de que se trata.

Por la entidad mercantil ESSO ESPAÑOLA, S.A. se interpuso *demanda* contra la sociedad EL CABACO MEDIOS Y GESTION S.L. y su administradora única D<sup>ña</sup>. Enma en la que solicita: a) Con respecto a la demandada persona social: 1. Que, con carácter principal, se declare la nulidad de la compraventa perfeccionada en virtud del ejercicio de la opción de compra y formalizada en escritura pública otorgada el 23 de enero de 1.998, declarando la cancelación de la inscripción registral correspondiente, y condenando a EL CABACO MEDIOS Y GESTION S.L., a la obligación de restituir a ESSO ESPAÑOLA S.A. el precio total pagado por dicha transmisión, junto con los intereses legales devengados desde la fecha de su pago, así como la cuota del IVA que fue satisfecho por la actora, y los gastos notariales, registrales y tributos abonados por la demandante, siendo asimismo condenada al resarcimiento de los daños y perjuicios causados a la actora, así como a la obligación de liberar a la actora de los avales constituidos. 2.- Con carácter alternativo a la pretensión anterior, y sólo para el supuesto de no ser estimada, se declare resuelta la compraventa perfeccionada en virtud del ejercicio de la opción de compra y formalizada en escritura pública otorgada el 23 de enero de 1998, declarando la cancelación de la inscripción registral correspondiente, y condenando a EL CABACO MEDIOS Y GESTION S.L. a la obligación de restituir a ESSO ESPAÑOLA, S.A. el precio total pagado por dicha transmisión, junto con los intereses legales devengados desde la fecha de su pago, así como la cuota del IVA que fue satisfecho por la actora y los gastos notariales, registrales y tributos abonados por la demandante, siendo asimismo condenada al resarcimiento de los daños y perjuicios causados a la actora, así como a la obligación de liberar a mi representada de los avales constituidos. Y, b) Con respecto a D<sup>ña</sup>. Enma se la declare en su condición de Administración de la mercantil El Cabaco Medios y Gestión S.L. responsable de las deudas y responsabilidades contraídas por ésta con la actora, y se condene a D<sup>ña</sup>. Enma a responder frente a ESSO ESPAÑOLA, S.A., y de forma solidaria con la mercantil El Cabaco Medios y Gestión S.L., de cuantas obligaciones de restitución y de resarcimiento sean reconocidas en la Sentencia que se dicte.

La Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 9 de Alicante el 27 de noviembre de 2.001, en los autos de juicio de mayor cuantía núm. 303/1999, estima la demanda interpuesta por ESSO ESPAÑOLA, S.A. declarando la nulidad de la compraventa de 23 de enero de 1998, y la cancelación de la inscripción registral correspondiente, condenando solidariamente a las demandadas a que restituyan a la actora el precio pagado de 140.000.000 de pesetas, en su equivalente en euros, más los intereses legales desde el 23 de enero de 1.998 hasta la fecha de esta sentencia, y la cantidad resultante devengará los intereses procesales del *art. 921 de la LEC de 1881* a partir de la sentencia hasta su completo pago; igualmente se las condena al pago de 22.400.000 pesetas, en su equivalente en euros, por la cuota del IVA

satisfecha, y a la condena, de la cantidad de 2.980.988,24 EUROS como indemnización de daños y perjuicios, así como a liberar a la actora de los avales constituidos para el negocio anulado.

La Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante el 15 de enero de 2.004, en el Rollo de Apelación núm. 486 de 2.003, estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la entidad El Cabaco, Medios y Gestión S.L. y revoca parcialmente la resolución del Juzgado de 1ª Instancia en el sentido de reducir la cantidad objeto de condena impuesta a las demandadas, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, a la suma de 955.653.01 €; confirmando en lo demás la citada sentencia; todo ello sin hacer pronunciamiento expreso sobre las costas causadas en ambas instancias.

Por la mercantil "EL CABACO MEDIOS Y GESTION, S.L." se interpuso *recursos extraordinario por infracción procesal y de casación*, compuesto el primero de tres motivos y el segundo de cuatro, que fueron admitidos, salvo el motivo tercero del recurso de casación que fue inadmitido, por Auto de esta Sala de 5 de febrero de 2.008 .

### **RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL**

**SEGUNDO.-** En el *motivo primero* se considera infringido lo dispuesto en los *arts. 217 y 218 de la LEC* en relación con el *art. 326*, cuya infracción fue denunciada debidamente en el Recurso de apelación.

El motivo pretende impugnar la estimación que hace la resolución recurrida en el mismo sentido que de la dictada en primera instancia de la indemnización del daño emergente, concretado en los gastos que tuvo la parte actora como consecuencia del contrato.

El motivo *se desestima* porque, además de su falta de consistencia, mezcla tres cuestiones incompatibles -falta de motivación, carga de la prueba y error en la valoración probatoria- que, cuando menos, debieron haber sido objeto de motivos independientes.

La inconsistencia de la alegación de falta de motivación se produce por el hecho de que el razonamiento de la resolución recurrida en los fundamentos segundo y quinto, aunque parco, es suficiente para expresar la raíz causal del fallo; la de la alegación de inversión de la carga de la prueba deriva de que no puede darse infracción de la doctrina del "onus probandi" cuando se declaran probados los hechos, cualquiera que sea la fórmula empleada, pues la infracción solo tiene lugar cuando habiendo quedado sin probar un hecho controvertido esencial para la decisión a adoptar, se atribuyen las consecuencias desfavorables a la parte a quien no incumbía la carga; y, finalmente, la inconsistencia de la denuncia sobre la valoración probatoria radica en que la posible infracción únicamente puede tener lugar en el recurso extraordinario por el cauce del *ordinal cuarto del art. 469.1* cuando se vulnera el *art. 24 CE*, lo que en el caso ni siquiera se invoca.

**TERCERO.-** En el *motivo segundo* se aduce infracción de lo dispuesto en el *art. 340 LEC*, denunciada en el recurso de apelación, en relación con la prueba pericial practicada a instancia de la actora por un Agente de la Propiedad Inmobiliaria. Se pretende combatir la apreciación que hace la resolución recurrida respecto de la indemnización del lucro cesante, sosteniendo que el perito designado en la primera instancia no era idóneo para valorar el beneficio teórico de la explotación de una empresa o actividad mercantil, dado que, conforme al *art. 340 LEC*, los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen, y en el caso se designó a un A.P.I. en lugar de un auditor, economista o titulado mercantil, que son las personas habilitadas con los conocimientos necesarios al efecto expresado.

El motivo *se desestima* porque la denuncia versa sobre quebrantamiento de norma legal sobre actos o garantías procesales cuya incardinación correcta no se halla en el ordinal 2º invocado, sino en el 3º, del *art. 469.1 LEC*, y, en cualquier caso, no ha habido indefensión, como claramente se deduce de que la prueba pericial es solo uno de los elementos de valoración del juicio jurisdiccional y ni siquiera se estima la suma expresada por el perito.

**CUARTO.-** En el *motivo tercero* se alega infracción de los *arts. 218 y 465.4 de la LEC* por incurrir la sentencia en omisión, en lo relativo a la responsabilidad de la administradora de El Cabaco Medios y Gestión S.L.; Dña. Enma, denunciada en el recurso de apelación.

El motivo *se desestima* por las siguientes razones: a) No entrar con el "debido detenimiento" en el tema de la responsabilidad de la administradora única no afecta al principio de congruencia, sino, en el caso hipotético de que la argumentación fuera deficiente, a la motivación; b) Para que pueda ser planteada la incongruencia omisiva mediante el recurso extraordinario por infracción procesal es preciso que se haya intentado ante el Tribunal que dictó la resolución la subsanación del defecto de conformidad con lo previsto

en el *art. 215 LEC*, de tal modo que no cabe suscitar en el recurso extraordinario lo que se pudo corregir con anterioridad al mismo; y, b) Finalmente, el tema controvertido aparece razonado en los fundamentos tercero de la Sentencia del Juzgado y cuarto de la Sentencia de la Audiencia, siendo por demás incuestionable que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad individual de los administradores sociales *ex arts. 135 TRLSA y 69 LSRL* es el de cuatro años del *art. 949 del C. de Comercio*, como viene reiterando la jurisprudencia actual de esta Sala.

### **RECURSO DE CASACIÓN**

**QUINTO.-** En el *motivo primero* se alega infracción de los *arts. 1.300 y 1.303* en relación con los *arts. 1.269 y 1.270, todos ellos del Código Civil*, y la jurisprudencia interpretativa del concepto de dolo del citado *art. 1.269 CC*.

Los hechos básicos para enjuiciar el contenido del motivo, y que sentados en la resolución recurrida (integrada con la de primera instancia), han devenido incólumes para el conocimiento del recurso de casación, al no haber sido desvirtuados mediante el recurso extraordinario por infracción procesal examinado con anterioridad, se pueden resumir en los puntos siguientes: 1. El 9 de enero de 1.998 se celebró entre las entidades mercantiles El Cabaco Medios y Gestión S.L. y Esso España, S.A. un contrato de opción de compra que tenía por objeto la finca de 5.020 mts<sup>2</sup>. registrada con el núm. 14.425 en el Registro de la Propiedad de Callosa de Ensarría para la construcción y explotación de una estación de servicio en dicha parcela, la que se identificaba con un croquis o plano aportado por la optataria que se incorporó a la escritura pública de opción; 2. Ejercitada por Esso España S.A. la opción de compra, se otorgó la escritura pública de compraventa el 23 de enero de 1.998. El objeto de la compraventa, en cuanto a la cosa vendida, se concreta en la parcela referida, con la finalidad expresada, comprendiéndose todas las licencias y autorizaciones administrativas, además de estudios y proyectos técnicos, siendo de resaltar que entre las condiciones urbanísticas figura la de que la superficie mínima de la parcela sería de cinco mil metros cuadrados; y, en cuanto al precio, pagado por la compradora, se fijó en 140.000.000 pts. más 22.400.000 pts. de IVA; y, 3. Iniciada por la compradora las obras para la construcción de la estación de servicio, tuvo que interrumpirlas por las reclamaciones de terceros, una de ellas relativa a unos linderos, y la otra al hecho de que sobre la finca adquirida se superponía, invadiéndola en buena parte de su superficie (2.172 mts<sup>2</sup>.), otra finca registral, número 8.366, perteneciente en proindiviso, además de a El Cabaco, a las entidades mercantiles ALICAMBA, S.L. y COLEBEGA, S.A., y aunque la sociedad vendedora intentó resolver el problema ofreciendo su participación en el proindiviso, las otras dos sociedades, que incluso interpusieron un interdicto de obra nueva, no llegaron a acuerdo alguno respecto a sus pretendidos derechos.

La Sentencia recurrida, confirmando la de primera instancia, aprecia la existencia de dolo civil grave "in **contrahendo**" por ocultación de datos esenciales, aplicando la doctrina jurisprudencial de que el dolo abarca no sólo la maquinación directa, sino también "la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte, sin que lo invalide la confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada" (SS. 26-10-1.981, 15-7-1.987 y 15-6-1.995); y con base en tal apreciación, de conformidad con los *arts. 1.265, 1.269 y 1.270 CC*, declara la nulidad de la compraventa.

En el motivo se trata de desvirtuar la existencia del dolo y a tal efecto se esgrimen, en síntesis, las alegaciones siguientes: a) La existencia previa de la opción de compra sobre el terreno, durante cuyo periodo de vigencia la optante tuvo a su disposición los elementos de hechos necesarios para asegurarse de la realidad del objeto, siendo de presumir que, al tratarse de una de las mayores Compañías del sector petrolífero, visitó la parcela, comprobó su existencia, cabida y linderos, situación registral y catastral, de forma que conoció con pleno detalle lo que compraba en el momento de suscribir la escritura pública; b) La existencia de las cláusulas 1<sup>a</sup>.4 y 1<sup>a</sup>.5 de la escritura de opción, de las que resulta que el optante tenía libre acceso a las fincas para efectuar las mediciones y comprobaciones, y verificar la extensión o cabida de la finca, mediante un técnico independiente, por lo que la vendedora nunca pudo producir el más leve engaño a la compradora; c) Inexistencia de ánimo de perjudicar, pues la entidad El Cabaco Medios y Gestión S.L. obtuvo las correspondientes licencias, y nadie quiere daño para sí mismas; d) La sentencia impugnada deduce la actuación dolosa de la vendedora por dos "hechos posteriores" a la suscripción de las dos escrituras públicas, y el dolo solo puede apreciarse respecto a razones o causas existentes al tiempo de celebración del contrato, a lo que se añade que uno de los hechos -el relativo a la controversia sobre los linderos- se recoge por dicha resolución de forma errónea, de modo que tal como ocurrieron [y se narra] no puede ni debe reflejar la conducta insidiosa o maliciosa que deduce la sentencia impugnada; y en cuanto al otro hecho [superposición de fincas], el terreno proindiviso consistía en un camino de acceso asfaltado que estaba -y está- en la realidad física, y que Esso España conoció, como es de toda obviedad; y, e) La eventual inaplicabilidad, alternativa, del *art. 1.472 CC* por haber transcurrido el plazo de caducidad de seis meses.

El motivo debe *desestimarse* porque concurren todos los requisitos que exige el Código Civil y doctrina jurisprudencial para apreciar la existencia de dolo "in **contrahendo**", y, por consiguiente, resulta procedente la declaración de nulidad contractual.

En primer lugar existió una conducta insidiosa de la entidad El Cabaco Medios y Gestión S.L. dirigida a provocar la declaración negocial de Esso España, S.A. Esta actuación se evidencia en la manifestación de voluntad de vender una finca *con determinadas cualidades*, creando una falsa representación de la realidad, pues no solo tenía una menor cabida, sino que además se falseaba la causa concreta negocial habida cuenta que la falta de la condición urbanística exigible (mínimo de 5.000 mts2. de superficie) la hacía no edificable y, por otro lado, resultaba imposible construir la estación de servicio. Tal conducta supone una maquinación directa porque se está vendiendo una finca de 5.020 mts2. que no los tiene, pero, en cualquier caso, siempre cabría estimar, como hacen las sentencias de instancia, la concurrencia de dolo negativo o por omisión, referido a la reticencia del que calla u oculta, no advirtiendo debidamente, hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión contractual (SS., entre otras, 29 de marzo y 5 de octubre de 1.994; 15 de junio de 1.995; 19 de julio y 30 de septiembre de 1.996; 23 de julio de 1.998; 19 de julio y 11 de diciembre de 2.006; 11 de julio de 2.007; 26 de marzo de 2.009), pues resulta incuestionable que la buena fe, lealtad contractual y los usos del tráfico exigían, en el caso, el deber de informar (SS. 11 de mayo de 1.993; 11 de junio de 2.003; 19 de julio y 11 de diciembre de 2.006; 3 y 11 de julio de 2.007; 26 de marzo de 2.009). Por otra parte, no se requiere un especial ánimo de perjudicar con el negocio, sino que basta que la conducta activa, o negativa, obedezca al propósito de inducir a la contraparte a realizar la declaración viciada, y resulta indiscutible, dada la situación fáctica apreciada en la sentencia impugnada, la existencia del vicio, pues Esso España, S.A. no conoció, ni por datos ostensibles pudo conocer, al tiempo de perfeccionar la compraventa, la falta de las condiciones urbanísticas y de idoneidad de la parcela para la finalidad de construcción en ella de una estación de servicio, a cuyo engaño contribuyó la propia aportación del croquis o plano de la finca por la entidad optataria con ocasión del contrato de opción (a lo que no puede servir de excusa su versión de que era meramente indicativo y que lo recibió de la persona de quien a su vez adquirió la propiedad) y existencia de las licencias, todo lo que supone además la creación de una confianza en la compradora, por lo que resulta singularmente atinada la referencia de la argumentación de la Sentencia del Juzgado (asumida por la aquí recurrida) a la doctrina de esta Sala (SS. citadas, a las que cabe añadir como posteriores y muy recientes las de 11 de julio de 2.007 y 26 de marzo de 2.009) de que no invalida el dolo la "confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada". Finalmente, el dato incontrovertible para el recurso de casación de que la finca vendida no tenía la cabida pactada, ni requerida para cumplir la finalidad para la que se adquirió (establecimiento de una estación de servicio), al corresponder una buena parte de su superficie a otra finca perteneciente a otras personas (además de a la vendedora), -cosa distinta de su descubrimiento por el comprador-, no es un "hecho posterior", sino que existía al tiempo del contrato, y era conocido por las demandadas, y desconocido, sin posibilidad objetiva de advertencia, por la actora, teniendo la relevancia exigible -gravedad- (*art. 1.270 CC, SS.* para determinar la apreciación del dolo en su modalidad de causante ("causam dans"), porque es conforme a la razonabilidad de las cosas que, de conocer la circunstancias de que se trata al tiempo de perfeccionarse el vínculo contractual, la entidad actora no habría celebrado el contrato, evidencia que se corrobora con la repetida inhabilidad de la finca para lo que fue comprada (motivo causalizado).

Por todo ello, el motivo decae.

**SEXTO.-** En el *motivo segundo* se denuncia infracción de los *arts. 1.106 y 1.107 del CC* . sobre indemnización de daños y perjuicios.

Se impugna la cantidad correspondiente a gastos porque se estima que no se pueden incluir el relativo al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, que es un gasto fiscalmente deducible y por ello no puede producir ningún perjuicio directo, ni ciertos gastos realizados con posterioridad a los hechos que provocaron la presentación de la demanda, así los relacionados en el documento 66 de la demanda, unos honorarios por un estudio encargado por Esso Española, S.A. sobre accesos y los gastos del aval del documento 73.

El apartado expresado del motivo se desestima porque una parte de los gastos mencionados (además de declararse probada su realización) no se impugnaron adecuadamente en el momento procesal oportuno, sin que sea idónea al respecto, como apunta la resolución recurrida, la mera descalificación global que hizo la parte demandada al contestar a la demanda, y en cuanto a los restantes -servicios de vigilancia necesarios para la correcta continuación de las obras o prestación de avales exigidos previamente por la autoridad administrativa- se trata de desembolsos efectivos para la ejecución del contrato posteriormente frustrado, sin que la condena a su pago vulnere los *arts. 1.106 y 1.107 CC*, pues el primer *precepto claramente se refiere a las "perdidas sufridas"* y el *segundo* establece que en caso de dolo (mala fe)

responderá el deudor de todos los daños y perjuicios que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación. Y, por lo demás, la jurisprudencia reconoce la aplicabilidad en sede de nulidad contractual de la normativa relativa a la indemnización de daños y perjuicios, con independencia de las restituciones del *art. 1.303 CC* (con carácter genérico SS. 26 de julio de 2.000; 13 de marzo de 2.002, 11 de febrero de 2.003 y 23 de junio de 2.008 ; y con referencia concreta a la indemnización de los gastos que por el contrato haya sufrido el comprador SS. 28 de mayo de 1.914; 16 de junio de 1.981 y 11 de febrero de 2.003 ).

También se impugna en el motivo la estimación de una indemnización por lucro cesante, sobre cuya procedencia, dice la recurrente, la sentencia guarda un silencio total, y no tiene en cuenta que para su apreciación se requiere que se haya producido una pérdida real de ingresos, de lucro económico, que en el caso de autos no se puede estimar en modo alguno, sin que opere de forma automática; aparte, añade, que no se computa la inversión y gastos, esto es, el montante económico que Esso Española, S.A. indudablemente utilizará en otras actividades económicas, consiguiendo, de este modo, nuevos ingresos y beneficios.

Este segundo apartado del motivo debe igualmente ser desestimado, porque la sentencia recurrida razona suficientemente la procedencia del concepto de lucro cesante en los fundamentos de derecho segundo y quinto, tomando en consideración la frustración del negocio, hasta que se produjo (por la decisión judicial de la paralización definitiva de las obras) la posibilidad para la actora de llevar a cabo la inversión económica en otra zona, y pondera los factores razonables que al respecto se recogen en el informe pericial -estudio detallado de la ubicación del negocio, circunstancias económicas de su explotación en ese entorno, rendimientos derivados de los diferentes servicios, márgenes comerciales, coste de la inversión realizada y cálculo final del lucro cesante descontando de la cifra de beneficios esperados, debidamente actualizados con una tasa de descuento, el costo de la inversión realizada-, por lo que no se produce la infracción de los preceptos señalados en el enunciado, ni por razones cualitativas, ni cuantitativas, cuestión esta última, por lo demás, excluida del recurso de casación, salvo en hipótesis de desproporción que no es el caso.

En cuanto a la alusión a la doctrina jurisprudencial debe responderse señalando que, si bien es cierto que en la misma se mantiene un criterio restrictivo en la materia, y se resalta que la existencia del perjuicio por el concepto de lucro cesante debe ser probada con una razonable verosimilitud, cosa que no ocurre (S. 21 de abril de 2.008 , y las que cita) "cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético, existen dudas sobre su producción o no se aprecia su existencia en el marco de una lógica presunción sobre como habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso", por lo cual, obviamente, no se produce la automaticidad a que alude la parte recurrente, sin embargo el *art. 1.106 CC* señala como concepto indemnizatorio el de "la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor", o lo que es lo mismo, los incrementos patrimoniales que el acreedor esperaba obtener y que se han visto frustrados por la actuación de la parte contraria (S. 16 de marzo de 2.009 ), cuya fijación, en cuanto que se refiere a beneficios futuros, debe obtenerse mediante apreciaciones prospectivas, fundadas en criterios objetivos de experiencia, entre los que pueden servir los que operan en el mundo económico, contable, actuarial, asistencial o financiero según las disciplinas técnicas o científicas correspondientes, de acuerdo con el examen y ponderación de las circunstancias de cada asunto (S. 21 de abril de 2.008 ); y esta doctrina no ha sido desconocida en el caso.

Por todo ello, el motivo decae.

**SEPTIMO.-** Finalmente en el *motivo cuarto* [el tercero como anteriormente se dijo fue inadmitido por Auto de la Sala de 5 de febrero de 2.008 ] se alega infracción del *art. 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* en relación con el *art. 135 de la Ley de Sociedades Anónimas* y, en su caso, del *art. 1.968 del Código Civil* , todo ello en relación con la responsabilidad declarada de la administradora de El Cabaco Medios y Gestión Dña. Enma .

El motivo se *desestima* en las dos perspectivas que se plantea. La primera perspectiva incurre en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión porque mal se puede aplicar una doctrina jurisprudencial que se refiere a incumplimiento contractual, y efectuar unas alegaciones que presuponen la ausencia de dolo, sin haber desvirtuado la apreciación de nulidad y con base en la existencia de dolo contractual. Y la segunda perspectiva contradice la reiterada doctrina de esta Sala que fija el plazo de prescripción de la acción de que se trata en cuatro años, y no en uno, por ser de aplicación el *art. 949 del Código de Comercio* y no el *1.968.2º del Código Civil* (entre otras muchas, SS. 14 de febrero, 14 de marzo, 30 de abril, 3 y 29 de julio y 14 de noviembre de 2.008 ), sin que quepa admitir excusa alguna con base en las fluctuaciones que sufrió el criterio de esta Sala en la materia, pues la doctrina señalada se implantó con carácter general en Sentencia de 20 de julio de 2.001 , y aunque hay alguna resolución aislada posterior que se separa de la

misma, al tiempo de interponerse el recurso de casación (marzo de 2.004) ya era pacífica la jurisprudencia expresada.

**OCTAVO.-** La desestimación de los motivos conlleva la de los dos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación y la condena de la parte recurrente al pago de las costas causadas de conformidad con el *art. 398.1 en relación con el 394.1*, ambos de la LEC.

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

## **FALLAMOS**

Que desestimamos los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de la entidad mercantil "EL CABACO MEDIOS Y GESTION S.L.", contra la Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante el 15 de enero de 2.004, en el Rollo núm. 486 de 2.003, y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas procesales causadas.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- José Almagro Nosete.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Jesús Corbal Fernández**, 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.