



Roj: STS 6152/2012  
Id Cendoj: 28079110012012100538  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 142/2010  
Nº de Resolución: 579/2012  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS  
Tipo de Resolución: Sentencia

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a cuatro de Octubre de dos mil doce.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos de casación e infracción procesal interpuestos contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 619/2008 por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Cantabria, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 212/2007, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Torrelavega, cuyos recursos fueron preparados ante la citada Audiencia por el procurador don Raúl Vesga Arrieta en nombre y representación de don Ricardo y doña Tatiana, compareciendo en esta alzada, en nombre y representación de ambos, la procuradora doña María Pilar Cortés Galán en calidad de recurrente y el procurador don José Pérez Fernández-Turegano en nombre y representación de don Victoriano y de don Carlos Alberto en calidad de recurrido.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.- 1.-** El procurador don Francisco Javier Calvo Gómez, en nombre y representación de don Ricardo y doña Tatiana interpuso demanda de juicio ordinario en ejercicio de la acción de resolución de contrato y reclamación de cantidad, en cuantía de 228.000 €, contra don Carlos Alberto y don Victoriano y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia <<en la que quede extinguida la relación contractual establecida en virtud de contrato de compra venta de negocio de fecha 24 de noviembre de 2004 y se condene a los demandados Carlos Alberto y Victoriano a que abone a mis representados la cantidad de DOSCIENTOS VEINTIOCHO MIL EUROS (228.000,00 €) más los intereses legales y las costas>>.

**2.-** El procurador don Fernando Candela Ruiz, en nombre y representación de don Victoriano y don Carlos Alberto, contestó a la demanda y presentó demanda reconvenzional; en su oposición a la demanda expuso los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia <<por la que se desestime la demanda, absolviendo de sus pedimentos al demandado, con expresa imposición de costas a la actora>>. En su demanda reconvenzional tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que considera de aplicación suplica al Juzgado se dicte sentencia <<en la que, además de la desestimación de la demanda principal formulada por don Ricardo Y Tatiana, se estime la presente RECONVENCIÓN, declarando:

A) Se declare la NULIDAD del contrato celebrado por ambas partes el 24 de noviembre de 2004 en Torrelavega.

B) Como consecuencia, se condene al demandado reconvenzional a satisfacer a mi parte la cantidad abonada a cuenta por importe de 43.000 euros.

C) Todo ello con imposición de las costas al demandado reconvenzional>>.

El procurador don Francisco Javier Calvo Gómez en la representación que ostenta de don Ricardo y doña Tatiana, contesta a la demanda reconvenzional oponiéndose a la misma con los hechos y fundamentos de derecho que considera de aplicación y finaliza suplicando al juzgado en su día dicte sentencia <<por la que se desestime totalmente la demanda de reconvencción con expresa imposición de costas a la demandante>>.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Torrelavega, dictó sentencia con fecha 4 de abril de 2008 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO**

*Que se DESESTIMA la demanda presentada por D. Ricardo y D<sup>ña</sup>. Tatiana , contra D. Carlos Alberto y D. Victoriano , absolviendo a la misma de todos los pedimentos deducidos en su contra; con expresa imposición de las costas procesales a la parte actora.*

*Que se ESTIMA la reconvención formulada por D. Carlos Alberto y D. Victoriano contra D. Ricardo y D<sup>ña</sup>. Tatiana , declarando la anulabilidad del contrato de compraventa de negocio celebrado entre ambos el 24 de noviembre de 2004 y condenando a D. Ricardo y D<sup>ña</sup>. Tatiana a que abone a D. Carlos Alberto y D. Victoriano la cantidad de 43.000 #; con expresa imposición de las costas a la parte reconvenida.*

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de los actores, la Sección 4<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Cantabria, dictó sentencia con fecha 11 de noviembre de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS**

*Que debemos desestimar y desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la conjunta representación de doña Tatiana y don Ricardo contra la ya citada sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Torrelavega, la que debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.*

**TERCERO** .- 1.- Por D. Ricardo y D.<sup>a</sup> Tatiana se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

1. Infracción del art. 218.1 LEC en relación con el principio "iura novit curia", los arts. 42.1 LEC y 10.1 de la LOPJ y el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva ( art. 24 CE ).

2. Las resoluciones judiciales crean indefensión a esta parte al vulnerar las garantías procesales ( arts. 270.1.1 º, 460.1 sobre presentación de documentos ; y arts. 281.1 286.1 , 319.2 y 460.2.3º sobre prueba en segunda instancia, todos de la LEC ) y los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y al uso de todos los medios pertinentes de defensa, reconocidos en el art. 24 de la Constitución .

Igualmente interpuso recurso de casación fundado en:

1. "Infracción por la sentencia recurrida de la Doctrina y la Jurisprudencia contrarias de esa Sala en materia de error invalidante en los contratos ( art. 1265 del Código Civil y concordantes)".

2. Se inadmitió.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 9 de diciembre de 2010 se acordó no admitir el motivo segundo del recurso de casación interpuesto, admitir el motivo primero del recurso de casación y admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Evacuado el traslado conferido a la parte recurrida personada no consta presentado escrito de oposición a los recursos admitidos.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día dieciocho de septiembre del 2012, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** ,

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO** .- De lo actuado se deduce que el 24 de noviembre de 2004 los demandantes vendieron a los demandados un negocio denominado DISCO-PUB ENULA, sito en el pueblo de Queveda, barrio de La Fontana s/n. Entre los meses de mayo y junio de 2005 el negocio fue precintado por la autoridad local, por falta de licencia de apertura.

Consta que la clausura del local fue objeto de impugnación en la jurisdicción contencioso administrativa por el comprador, P.O. 275 de 2005 Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Santander, en el que se dictó sentencia con fecha 19-3-2007 , aportada en los presentes autos del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Torrelavega (folio 116 y ss.), en la que consta que la parte recurrente no acreditó la existencia de licencia de apertura, por lo que le fue desestimado el recurso.

Los actores y vendedores reclaman a los compradores el importe dejado de abonar más la penalización correspondiente (228.000 euros). Los demandados y reconvinentes-compradores interesaron la nulidad del contrato, al concurrir error, pues desconocían (alegan) la ausencia de licencia de apertura, solicitando la condena de los demandados a devolver la cantidad entregada a cuenta (43.000 euros). La sentencia de primera instancia estimó la reconvencción y desestimó la demanda principal, resolución que fue confirmada por la Audiencia Provincial.

### RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

**SEGUNDO** .- *Motivo primero. Infracción del art. 218.1 LEC en relación con el principio "iura novit curia", los arts. 42.1 LEC y 10.1 de la LOPJ y el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva ( art. 24 CE ) .*

*Se desestima el motivo .*

Alegan los recurrentes que en la sentencia de la Audiencia se declaró que la alegación sobre la existencia de aprobación de la licencia de apertura por silencio positivo, era una cuestión nueva, cuando según los impugnantes se trata de una mera cuestión jurídica en la que debió entrar la sentencia, por aplicación del principio "iura novit curia".

Esta Sala declara que de acuerdo con el art. 400 de la LEC lo alegado en la segunda instancia no fue un mero fundamento jurídico sino un título jurídico diferente en el que basar su argumentación, que habría precisado de un debate profundo en la primera instancia, pues la cuestión relativa al silencio positivo conlleva el entrar en la naturaleza del acto administrativo, el ámbito competencial al que afecta, y si se ha infringido alguna norma de carácter prohibitivo que impida la sanación por el transcurso del tiempo, en todo lo cual no podía entrar el Juez de oficio, so pena de romper el principio de imparcialidad y equidistancia entre las partes ( STS Sala 3ª 28-1-2009, 20-3-1996 y 22 de julio de 1996 ).

Tampoco podemos olvidar que la complejidad de dicha cuestión se evidencia también al no haber sido apreciada de oficio por el Juez de lo Contencioso, antes mencionado.

Dicha alegación constituye una *cuestión nueva* suscitada en la apelación a la que no aludía la demanda, según pone de manifiesto la Audiencia, por lo que ha de ser rechazada, en cuanto los hechos y la causa de pedir quedan fijados inexorablemente en la primera instancia y no pueden ser objeto de variación posterior (lite pendente, nihil innovetur), como *esta Sala ha declarado reiteradamente (por todas, las sentencias nº 662/2010 de 27 octubre , 678/2009 de 3 noviembre ) STS 17-2- 2011, rec. 1503 de 2007 , por lo que tampoco se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24 de la Constitución )*.

**TERCERO** .- *Motivo segundo. Las resoluciones judiciales crean indefensión a esta parte al vulnerar las garantías procesales ( art. 270.1.1 º, 460.1 sobre presentación de documentos ; y arts. 281.1 , 286.1 , 319.2 y 460.2.3º sobre prueba en segunda instancia, todos de la LEC ) y los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y al uso de todos los medios pertinentes de defensa, reconocidos en el art. 24 de la Constitución .*

*Se desestima el motivo .*

Los recurrentes alegan que les fue inadmitido un documento en segunda instancia, denegándoles el recibimiento a prueba.

El documento cuya admisión se pretendía, es una certificación municipal de 17 de junio de 2008 en la que se hace constar que se emitió informe favorable de la Comisión de Gobierno de 18 de mayo de 1999 en relación con la licencia de apertura del "Bar Especial".

Esta Sala acepta el criterio seguido por el tribunal de segunda instancia, pues el documento que se pretendió aportar, bien se pudo obtener en primera instancia, solicitando unión del expediente seguido al efecto, no pudiendo subsanarse en segunda instancia lo que no hizo en la primera, según establecen los arts. 270 y 460 LEC , a ello debemos añadir que la certificación se refiere al "Bar Especial" y no al "Disco Pub Enula", que es el litigioso, aunque los dos se encuentren en la misma localidad.

### RECURSO DE CASACIÓN

**CUARTO** .- *Motivo primero. "Infracción por la sentencia recurrida de la Doctrina y la Jurisprudencia contrarias de esa Sala en materia de error invalidante en los contratos ( art. 1265 del Código Civil y concordantes)".*

*Se desestima el motivo .*

Alegan los recurrentes que los compradores, por su condición de profesionales pudieron conocer que el local carecía de licencia de apertura, por lo que el error no sería esencial ni excusable.

La sentencia de 12 noviembre 2004 , con cita de las de 14 y 18 febrero 1994 , 6 noviembre 1996 , 30 septiembre 1999 y 24 enero 2003 , afirma que « *para que el error invalide el consentimiento, se ha de tratar de **error excusable** , es decir, aquél que no se pueda atribuir a negligencia de la parte que lo alega, ya que el error inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad solicitada por no afectar el consentimiento* ».

De los hechos declarados acreditados se deduce que los vendedores estuvieron durante bastantes años ejerciendo la actividad sin licencia y, según alegan, desconociéndolo, todo ello en un pueblo de escasa población, entendiéndose la sentencia recurrida que la parte demandante y vendedora no respetó los principios de confianza y buena fe.

La condición de profesional de la parte compradora no añade inexcusabilidad al error, en este caso, pues profesionales eran ambas partes y si la vendedora desconocía la irregularidad de la situación administrativa mal puede exigir a la compradora que desarrollara el celo investigador del que la vendedora nunca hizo gala, al menos con resultados.

En suma, los compradores actuaron de buena fe, al constar por escrito en el contrato que existían las correspondientes licencias, lo que era previsible dado el tiempo que el establecimiento llevaba funcionando, sufriendo un error excusable, como aprecia la Audiencia a la vista de las pruebas practicadas y elementos concurrentes.

**QUINTO** .- Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación procede la imposición de costas, de ambos a los recurrentes ( art. 398 LEC de 2000 ).

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

## FALLAMOS

1. DESESTIMAR el RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL y EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D. Ricardo y D.<sup>a</sup> Tatiana , representados por la Procuradora D.<sup>a</sup> María del Pilar Cortés Galán contra sentencia de 11 de noviembre de 2009 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santander .

2. Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

3. Procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente.

Líbrese 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 Jose Antonio Seijas Quintana, **Francisco Javier Arroyo Fiestas**, Roman Garcia Varela, firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** , 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.