



Roj: **STS 3275/2009 - ECLI:ES:TS:2009:3275**

Id Cendoj: **28079110012009100358**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/04/2009**

Nº de Recurso: **1562/2004**

Nº de Resolución: **263/2009**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **VICENTE LUIS MONTES PENADES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GI 567/2004,**
STS 3275/2009

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Abril de dos mil nueve

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el presente recurso de casación interpuesto por el Procurador D. Joaquin Garcés Padrosa, y seguido por la Procuradora D^a Cayetana de Zulueta Luchsinger, en nombre y representación de D. Marino , contra la Sentencia dictada en 29 de abril de 2004 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Girona, en el Recurso de Apelación nº 47/2004, dimanante de los autos de Procedimiento Ordinario nº 137/2002 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de La Bisbal d'Empordà. Ha sido parte recurrida D^a Aida , representada por el Procurador D. José Manuel de Dorremochea Aramburu.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D. Marino presentó demanda contra D^a Aida en reclamación de la cantidad de 1.434.615 euros, o subsidiariamente 733.835 euros o, también subsidiariamente, 642.485 euros, más costas. La demanda fue admitida en 6 de mayo de 2002 y dio lugar al Procedimiento Ordinario nº 137/2002 del Juzgado de Primera Instancia de La Bisbal d'Empordà nº 2.

SEGUNDO.- Por Sentencia de 1 de septiembre de 2003, el Juzgado rechazó la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la parte demandada, pero acogió la de **prescripción** de la acción, por lo que desestimó la demanda, imponiendo las costas a la parte actora.

TERCERO.- La parte actora interpuso Recurso de Apelación, del que conoció la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Girona, Rollo 47/2004. Esta Sala , por Sentencia dictada en 29 de abril de 2004 , desestimó el Recurso, confirmó el fallo de la sentencia recurrida e impuso las costas a la parte apelante.

CUARTO.- Contra dicha Sentencia ha interpuesto la parte que fue actora y apelante Recurso de Casación, a cuyo efecto formula dos motivos, en los que denuncia la infracción de los artículos 7.1 y 1258 del Código Civil , y la vulneración del artículo 1964 del mismo Código . El recurso fue admitido por Auto de esta Sala de 6 de mayo de 2008 .

QUINTO.- La parte recurrida ha presentado oportunamente escrito de impugnación.

SEXTO.- Para votación y fallo se señaló el día 25 de marzo de 2009, fecha en la que efectivamente tuvo lugar. Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montes Penades,

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- 1.- La situación de partida.-

1.1.- En los primeros meses de 1988 la familia Antonio poseía un 58,78% del capital de la PAPELERA CALPARSORO, S.A., constituida en 1959 con sede en Berástegui (Guipúzcoa). El resto se hallaba en manos de accionistas minoritarios.

Uno de estos accionistas minoritarios, D. Marino , titulaba el 7,41% del capital, 5.780 acciones.

En 2 de octubre de 1987 este accionista, como miembro del Consejo de Administración, remitió una carta al Presidente en la que le hacía saber la falta de coherencia de los resultados económicos y la falta de información por parte de la familia Antonio al resto de accionistas minoritarios.

1.2.- En tal situación de discrepancia y tras diversas reuniones con la familia Antonio , se propuso a D. Marino la compra de sus 5.780 acciones, lo que fue aceptado por éste, y, tras solicitar información sobre la situación patrimonial societaria y acceder a la información que le fue facilitada, en concreto el Balance cerrado en 31 de diciembre de 1987, optó por vender su participación por un total de 96.410.040 pesetas, esto es a 16.680 pesetas. por acción. En 6 de julio de 1988 se formalizó la póliza, adquiriendo las acciones D^a Aida , hija del Presidente de la Compañía, a través de un hermano que actuó como mandatario.

1.3.- En 30 de noviembre de 1988, esto es, cuatro meses más tarde, la familia Antonio vendió acciones que representaban el 93,29% del capital a la sociedad alemana PWA DEKOR a razón de 27.372 pesetas/acción; y cuatro años más tarde, en julio de 1992, el resto de los títulos fueron vendidos a 40.529 pesetas.

1.4.- En 6 de septiembre de 1991 D. Marino presentó en el Juzgado de Instrucción de Tolosa querrela por estafa y apropiación indebida contra D. Lázaro y D. Jose Carlos , dando lugar a Diligencias Previas que finalmente fueron archivadas, por sobreseimiento, mediante Auto de 1 de febrero de 1996, confirmado por otro de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 22 de mayo de 1996 . No fue admitido a trámite el Recurso de Amparo interpuesto por el mismo querellante.

2.- La instancia.-

2.1.- En 24 de abril de 2002 el Sr. Marino presenta demanda contra D^a Aida (compradora), que da lugar al Juicio Ordinario nº 137/2002 del Juzgado de Primera Instancia de La Bisbal d'Empordà nº 2, postulando Sentencia por la que se condene a la demandada a resarcir al actor daños y perjuicios mediante el pago de 1.434.615 euros o subsidiariamente 733.835 euros o bien subsidiariamente 642.485 euros.

2.2.- A juicio del actor la venta de acciones de la que traen causa las actuaciones le produjo un grave perjuicio económico porque se le ocultó dolosamente la existencia de una oferta de compra y las negociaciones que se estaban llevando a cabo con la empresa alemana PWA DEKOR, así como la auténtica situación patrimonial de PAPELERA CALPARSORO. Afirma el actor que de haber conocido el estado contable real de la sociedad y la existencia de las negociaciones con la sociedad alemana no hubiera concluido la venta de sus acciones, que hubiera podido retener hasta 1992 o vender unos meses después a precio muy superior. Conviene destacar que los pedimentos de la demanda fueron los siguientes:

(a) Que se declare la existencia de una actitud dolosa por parte de D^a Aida en los actos inherentes, tanto anteriores como simultáneos a la compra de acciones.

(b) Que se declare que, como consecuencia de tal actitud, D^a Aida produjo un perjuicio al actor, esto es, que "se declare la existencia de un nexo causal entre el absoluto desprecio a la buena fe desplegada por la demandada y la existencia de un consecuente perjuicio (para el actor)"

(c) Que se condene a D^a Aida a resarcir los perjuicios ocasionados como consecuencia de la referida actitud, contraria a la buena fe precontractual y contractual.

2.3.- La Sentencia de Primera Instancia estima la excepción de **prescripción** opuesta por la demandada, al considerar que se ejercita una acción difícil de individualizar, pero que considera de naturaleza contractual, y que acaba identificando con la prevista en el artículo 1301 del Código civil , en relación con los artículos 1269 y 1270 del propio Código , cuyo período de **prescripción** es de cuatro años, que han transcurrido sobradamente - dice el Juzgado - al existir una completa inactividad del demandado desde 1996 hasta 2002.

2.4.- La Sala de Apelación estima que el debate jurídico ha quedado situado en "la figura jurídica de los tratos preliminares" y que se está reclamando una responsabilidad precontractual o por culpa *in contrahendo* , a la que se ha de aplicar el tratamiento de la responsabilidad extracontractual, y por ello estaría más que prescrita (artículo 1968-2º CC). Pero entiende también que la acción ejercitada era la de nulidad del artículo 1301 CC (FJ Tercero) y que la sentencia de primera instancia aplicó correctamente el plazo de cuatro años del artículo 1301 CC .



La Sala de instancia fundamentalmente trata de demostrar que no puede el actor y recurrente justificar que no ha acudido a la acción de nulidad porque las acciones están en poder de tercero, dado que el artículo 1307 CC prevé que ante la imposibilidad de devolución de la cosa por pérdida entra en juego el deber de resarcimiento de daños y perjuicios.

SEGUNDO.- El Recurso de Casación se ha formalizado por el artículo 477.2.2º LEC, con dos motivos, en los que se denuncian las infracciones que acto seguido expondremos.

En el primero de los motivos se denuncia la vulneración de los artículos 7.1 y 1258 del Código civil, que se estiman aplicables al caso del debate, dado que existía una obligación de información por parte del vendedor, una obligación *ex fide bona*, cuyo incumplimiento ha de tratarse no como un caso de responsabilidad por los tratos preliminares (y por tanto, de responsabilidad extracontractual, como hicieron las SSTs 16 de mayo de 1988 y 16 de diciembre de 1999 en supuestos en los que no se llegó a concertar un contrato) sino como un tema de responsabilidad contractual, pues el daño se produjo a través del contrato, teniendo en cuenta que la buena fe ha de estar rigiendo la formación y la perfección del contrato. Insiste la parte recurrente en que no ejercitó la acción de nulidad del artículo 1301 CC, sino la de reclamación de daños causados por el comportamiento en mala fe de la vendedora.

En el motivo segundo, se denuncia la infracción del artículo 1964 del Código civil, al entender (alegando la STS 31 de octubre de 2001) que los tratos negociales preparatorios a la formación de los contratos pueden generar responsabilidad *in contrahendo*, que "cabe proyectar al caso del daño ocasionado por incumplimiento del contrato debidamente perfeccionado". Se trataría, de este modo, de un supuesto de responsabilidad contractual, y por tanto la acción no estaría prescrita.

La íntima ligazón entre los dos motivos, que en definitiva tratan de demostrar que la acción ejercitada se habría de considerar como una acción de responsabilidad contractual, y por tanto estaría sometida al plazo de quince años del artículo 1964 del Código civil, aconseja que se examinen en conjunto.

TERCERO.- La Sala no comparte el criterio de los juzgadores de instancia respecto de la identificación de la acción que se ejercita ni, en consecuencia, la aplicación al caso del régimen de la **prescripción** que se establece en los artículos 1968,2º y 1301 del Código civil. No estamos ni ante un supuesto de *responsabilidad precontractual* ni ante el ejercicio de la acción de nulidad por dolo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1301, en relación con los artículos 1269 y 1270, todos ellos del Código civil.

El dolo genera responsabilidad, en cuanto acto ilícito, que algún autor ha calificado como "delito civil", con obligación de reparar los daños y perjuicios. Aunque es cierto que la aplicación al caso de las normas de validez y de las de responsabilidad está interrelacionada, pues el daño no ha de ser el mismo en el caso de anulación que en el de mantenimiento del contrato, las acciones para exigir una u otra consecuencia (anulación o reparación de los daños) son distintas y pueden ejercitarse conjunta o separadamente. No empece la distinción el hecho de que la anulación provoque una acción de restitución (artículo 1307 CC) que, a efectos prácticos, podría producir los efectos de una acción de responsabilidad, pues la acción de restitución, consecuencia de la acción de anulación, no es una acción de reparación de daños.

En el caso de ejercicio de la acción de responsabilidad por *dolo in contrahendo*, se ha de convenir con la más autorizada doctrina en que la acción de responsabilidad es de naturaleza contractual, y por ende en cuanto a la **prescripción** se regirá por el artículo 1964 del Código civil. A esta conclusión se llega tanto al considerar que la presencia de un contrato en vigor aparta el tema de los supuestos de *responsabilidad precontractual*, cuanto si se estima que la moderna dogmática contractual exige la incorporación de las declaraciones efectuadas durante los tratos preliminares como promesas contractuales, lo que ya se establece de modo expreso para la protección de los consumidores en la legislación protectora (Ahora Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias). Las representaciones efectuadas durante la fase de tratos preliminares pueden configurar el comportamiento que se espera del deudor y servir de pauta para determinar la existencia de un incumplimiento. Además, esta responsabilidad comprendería no sólo el llamado "interés contractual negativo", sino el "interés contractual positivo", pues la indemnización por dolo ha de referirse a la totalidad del daño provocado por el engaño que ha frustrado el desarrollo normal del contrato y ha impedido la satisfacción del interés del *deceptus*.

La jurisprudencia de esta Sala ha reconocido la existencia de las acciones de anulación y de resarcimiento en los supuestos de invalidez. Cabe citar, entre otras, las Sentencias de 31 de mayo de 1921, en que se planteaba el problema, aunque no se accede a la solución propuesta por el actor, que pretendía una indemnización por la vía de acción de restitución, y las posteriores de 18 de junio de 1955, 4 de diciembre de 1956, 28 de octubre de 1974, 26 de octubre de 1981, 1 de octubre de 1986, 18 de julio de 1988 y 31 de octubre de 2001. De ellas, son especialmente interesantes para el caso que nos ocupa la de 26 de octubre de 1981 y la de



31 de octubre de 2001. En la primera de ellas, se examina un supuesto de reticencia dolosa, en que una de las partes calla o no advierte debidamente a la contraparte, en pugna con el deber de informar exigible por la buena fe, y se conceden daños, si bien aceptando la exclusión, declarada en la instancia, de aquellos daños en los que no se aprecia el nexo o relación de causalidad entre el acto doloso causante y el gasto que se reclama como perjuicio indemnizable. La última de las citadas se refiere también a un caso en que la parte recurrente denuncia haberse producido reticencia dolosa, y la Sala estima que "los tratos negociales preparatorios han de estar salvaguardados por la buena fe y pueden generar responsabilidad civil por razón de *culpa in contrahendo*, que cabe proyectar al caso del daño ocasionado por incumplimiento del contrato perfeccionado", pero la responsabilidad contractual que se pide no resulta aceptada porque "las conductas conformadoras del ilícito civil omisivo por el silencio y reticencia que se imputa a IQA, y actuaciones de ocultación en su cartera económica, no se probaron de forma adecuada y convincente". La cuestión sobre el ejercicio de acciones derivadas del dolo ha sido examinada, por otra parte, en la Sentencia de 18 de enero de 2007, en la que se decide que cabe el ejercicio acumulado de las acciones de anulación y de reclamación de daños y perjuicios, como cabe el ejercicio de la acción de anulación sin reclamar ninguna indemnización y también cabe el ejercicio de la acción de reclamación de daños y perjuicios, sin ejercitar la acción de anulación, como ocurre en el presente caso.

No se acepta, en consecuencia, la fundamentación de las sentencias de instancia en cuanto a que la acción ejercitada sea la de anulación, con el plazo de caducidad de cuatro años que establece el artículo 1301 del Código civil, ni respecto a que se trate de un supuesto de responsabilidad precontractual al que se hubiera de aplicar el plazo de **prescripción** del artículo 1968,2º del Código civil. Pero ello no determina la estimación del recurso, en razón del principio de "equivalencia de resultados", puesto que se ha de mantener el fallo de la sentencia, aún cuando aplicando otros fundamentos (Sentencias de 27 de septiembre de 1992, 24 de julio y 10 de noviembre de 2000, 19 de julio de 2001, 14 de febrero de 2002, 19 de diciembre de 2003, etc.).

CUARTO.- Estamos ante un supuesto de dolo reticente, que se formaría por omisión de la información que, en buena fe, se debía haber suministrado. El primer problema que suscita el planteamiento efectuado consiste precisamente en determinar si existía o no ese deber o si, en el mundo de los negocios y del tráfico mercantil, no es exigible un comportamiento como el que reclama el ahora recurrente. No hay duda, en abstracto, respecto de la calificación de la reticencia como un supuesto de dolo. Baste ver las Sentencias de esta Sala de 15 de junio de 1995, 23 de julio, 27 de noviembre y 31 de diciembre de 1998, 26 de julio de 2002, 12 de junio de 2003, 19 de julio de 2006, entre otras. Lo dudoso, en el caso, es que se haya producido la reticencia dolosa que se imputa a la parte hoy recurrida. Las sentencias de instancia, ocupadas en identificar la acción ejercitada y en determinar si había prescrito o no, no entran apenas en la cuestión. No se trata de un supuesto en que la ley imponga específicos deberes de información (como ocurre en los supuestos regidos por preceptos como el artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro, 4.º de la Ley General de Publicidad, 21.3 de la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones o el artículo 5.2 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación), sino de un caso en que el vendedor (de las acciones) no es informado por el comprador de que los accionistas que componen la mayoría (sus parientes, entre los cuales su padre, Presidente del Consejo de Administración, y su hermano, que actuó como mandatario, y era Consejero-Delegado) tienen ofertas de compra por precio superior al que se deduce del Balance y se está considerando para la operación de compraventa que se proyecta. El vendedor, hoy actor y ahora recurrente, manifiesta que solo se le facilitó información relativa al Balance cerrado en 1987 y a los resultados de 1987 y 1986 (la operación se consuma en 6 de julio de 1988), omitiendo un informe que ya se había formulado sobre los beneficios que se esperaban en el ejercicio 1988 y sobre los resultados realmente obtenidos en los seis primeros meses de 1988, y desde luego ocultando la oferta de compra por parte de la compañía alemana que, en definitiva, adquirió la casi totalidad de las acciones cuatro meses después. En el caso, desde luego, ha de valorarse que se trata de una relación entre socios (aún cuando la adquirente no lo fuera, lo eran su padre y hermano, y fue éste quien actuó como apoderado y quien, al parecer, llevó a efecto las negociaciones), lo que acentúa los deberes de lealtad, y además supone que la información sobre el estado real de la sociedad, y por ende sobre el valor real de las acciones, está en poder del adquirente, más que del transmitente, en el caso; pero hay que tener en cuenta también que el vendedor era miembro del Consejo de Administración y tenía, por ello, acceso a los libros y cuentas de la compañía, lo que puede traducirse en un defecto de autoinformación que le sería imputable.

En este orden de cosas, parece aceptado en la doctrina que no existe obligación de desvelar el error que consiste en la ignorancia de una cualidad positiva de un bien, que lo revaloriza.

Pero, sobre todo, el quid de la cuestión se encuentra en que la Sala de Instancia, en realidad, no reconoce que haya habido ocultación ni comportamiento doloso. Sólo una somera indicación de la sentencia de primera instancia apunta a que se produjo la ocultación. Pero no ocurre lo mismo en la sentencia de apelación. Dice la Sentencia recurrida:



"..el actor, de manera libre y voluntaria y tras varias vicisitudes negociadoras con los socios mayoritarios, el día 6 de julio de 1988 decide vender su participación social a aquéllos. Es después de saber que los socios mayoritarios habían entablado negociaciones paralelas a las suyas con una sociedad alemana para la venta de la práctica totalidad de las acciones, cuando defiende que le fue ocultada aquella información y que los socios mayoritarios actuaron con dolo y mala fe social, y, en lugar de ejercer la acción de nulidad y de daños y perjuicios de los artículos 1269 y 1270 CC , decide acudir a la vía penal interponiendo querrela por presunto de estafa que acaba siendo desestimada. Hacerlo ahora, al cabo de casi catorce años después de aquella venta que se reputa engañosa por dolo civil, está vedado por el transcurso de más de los 4 años de **prescripción** que exigen aquellas acciones..."

Por lo que, en definitiva, no hay una base fáctica, resultado de una estimación probatoria, que permita apreciar la existencia de reticencia dolosa, ni se han formulado motivos que permitan a esta Sala verificar la modificación de hechos probados en el sentido de tener por acreditado que se ocultó al comprador información que había de suministrarse por imperativo de la buena fe. La prueba del dolo corresponde al litigante que lo alega, y la apreciación de los hechos en que el presunto dolo se funde es un punto de hecho cuya fijación corresponde en exclusiva a la Sala de instancia (Sentencias 24 de febrero de 1995, 13 de mayo de 1991, 23 de julio de 1998, 8 de febrero de 1955, 30 de marzo de 1961, 21 de diciembre de 1963, 4 de diciembre de 1990 , etc.). No cabe, pues, estimar que se haya producido la infracción de los artículos 7.1 y 1258 del Código civil que se ha denunciado.

Por lo tanto, desde esta perspectiva, el primero de los motivos haría supuesto de la cuestión, al entender producida la ocultación y la infracción del deber de información que hubiera generado la acción de reclamación de daños que se ha ejercitado, cuando de los hechos probados, según los ha fijado la sentencia recurrida, no se deduce, sin haber atacado la estimación de hechos probados por los cauces procedentes. Lo que inexorablemente conduce a la desestimación (Sentencias de 22 de febrero, 16 de marzo y 8 de abril de 2005, 22 de mayo y 12 de junio de 2002 , entre muchas otras). Y el segundo motivo ha de seguir forzosamente la suerte del primero, pues la aplicación del régimen de la **prescripción** de quince años que contiene el artículo 1964 CC exige, como presupuesto, que la acción de reclamación haya surgido.

QUINTO.- La desestimación de los motivos determina la del propio recurso, y tratándose de un Recurso de Casación que ha sido admitido por la vía del artículo 477.2.2º LEC , esta Sala ha de confirmar la sentencia recurrida, sin imponer las costas del recurso (artículos 398.1 y 394.1 LEC) al estimar que el caso presentaba serias dudas de derecho.

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

FALLAMOS

NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el Procurador D. Joaquin Garcés Pedrosa, y seguido por la Procuradora D^a Cayetana de Zulueta Luchsinger en nombre y representación de D. Marino , contra la Sentencia dictada en 29 DE ABRIL DE 2004 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Girona en el Recurso de Apelación nº 47/2004 , por lo que se confirma la Sentencia recurrida sin verificar imposición expresa de las costas del recurso.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y 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.- Juan Antonio Xiol Rios.- Roman Garcia Varela.- Francisco Marin Castan.- Jose Antonio Seijas Quintana.-Vicente Luis Montes Penades.- Encarnacion Roca Trias.- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.- Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Vicente Luis Montes Penades, 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.