

Roj: **STS 5729/2009 - ECLI:ES:TS:2009:5729**Id Cendoj: **28079110012009100599**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **19/06/2009**Nº de Recurso: **1944/2004**Nº de Resolución: **426/2009**Procedimiento: **Casación**Ponente: **VICENTE LUIS MONTES PENADES**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP AL 642/2004,**  
**STS 5729/2009**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Junio 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 la representación procesal de CENTROS COMERCIALES CARREFOUR, S.A. (antes "Centros Comerciales Pryca, S.A."), que ahora ostenta el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, contra la Sentencia dictada en 17 de mayo de 2004 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería en el Recurso de Apelación nº 71/04 dimanante de los autos de Juicio de Mayor Cuantía nº 249/1997 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de El Ejido. Ha sido parte recurrida COMERCIALES DEL PONIENTE, S.A. (COPO), representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Lucía Carazo Gallo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Procedimiento de Mayor Cuantía nº 249/97 del Juzgado de Primera instancia de El Ejido nº 2 se inició por demanda que presentó la entidad mercantil COMERCIALES DEL PONIENTE, S.A. (COPO) contra CENTROS COMERCIALES CARREFOUR, S.A. (antes "Centros Comerciales Pryca, S.A.") - CARREFOUR - en 24 de septiembre de 1997. La actora postulaba Sentencia en los siguientes términos :

".. por la que, estimando la demanda, decrete la nulidad radical y absoluta ineficacia del negocio jurídico celebrado entre las partes el día 8 de agosto de 1996, así como de todos y cada uno de los distintos documentos en que dicho negocio se instrumentó, a saber contrato privado y escrituras públicas de opción de compra e hipoteca, todas de la misma fecha, autorizadas por el Notario de El Ejido don Joaquín López Hernández bajo los números 2509 y 2510 de protocolo, decretando así mismo la nulidad y cancelación de las inscripciones registrales que dichas escrituras declaradas nulas hubieran causado en el Registro de la Propiedad correspondiente, en relación con las fincas registrales que en las mencionadas escrituras fueron objeto de opción de compra e hipoteca, señalándose a efectos de búsqueda registral las entidades 60.125 y 64.700 del Registro de la Propiedad de Berja; así como que se decrete igualmente la nulidad de los actos otorgados a consecuencia o en ejecución o en conexión con dicho negocio nulo, y en particular el ejercicio de la opción de compra efectuado por la demandada CENTROS COMERCIALES PRYCA, S.A. mediante comunicación notarial de 5 de noviembre de 1996, cancelando también en el Registro de la Propiedad la inscripción registral a que la misma hubiera dado lugar, y se condene a la demandada al pago de las costas de este litigio..."

**SEGUNDO.-** La demandada, CENTROS COMERCIALES CARREFOUR, S.A., se personó, compareció y se opuso a la demanda, y formuló además Reconvención, suplicando se dictara Sentencia en los siguientes términos:

"..se desestime íntegramente la demanda inicial, absolviendo a su principal de sus pedimentos y por la que se estime íntegramente la demanda reconvencional formulada, y en su consecuencia , DECLARAR:



1º) Que CARREFOUR, por haber ejecutado en tiempo y forma el derecho de opción de compra establecido a su favor en 8 de agosto de 1996 mediante escritura autorizada por el Notario de El Ejido don Joaquín López Hernández bajo el nº 2.509 de protocolo, es propietaria de las edificaciones y fincas comprometidas, es decir las fincas sitas en El Ejido, Carretera de Almerimar, s/n., que se identifican como fincas registrales nº 67.400 y 61.281 del Registro de la Propiedad de Berja, quedando obligada COMERCiantes DEL PONIENTE, S.A. a cumplir la compraventa cobrando el precio de la forma pactada y elevando a pública la transmisión ya perfeccionada con la correspondiente tradición de las fincas vendidas, con advertencia de que si no hiciera todo ello será realizado por el Juez en ejecución de sentencia y a costa de COMERCiantes DEL PONIENTE, S.A..

2º.- Que por incumplimiento de la compraventa de las fincas registrales nº 67.400 y 61.281 del Registro de la Propiedad de Berja, COMERCiantes DEL PONIENTE, S.A. debe indemnizar a la reconviniendo por los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento, en la suma que se determinará en ejecución de sentencia.

3º.- Que las partes están obligadas a cumplir el contrato de compromiso de compraventa de establecimiento de Hipermercado en funcionamiento, compuesto y definido por el conjunto de activos materiales, inmateriales y mercaderías que se detallan en el contrato otorgado el día 8 de agosto de 1996 por lo que, en consecuencia, las partes están obligadas a llevar a término las actuaciones, comprobaciones, ponderaciones y valoraciones que se estipulan en los pactos Tercero, Cuarto y Quinto del contrato, con la advertencia de que si COMERCiantes DEL PONIENTE, S.A. no lo hiciere se mandará ejecutar a su costa en ejecución de sentencia.

4º.- Que COMERCiantes DEL PONIENTE, S.A., una vez realizadas las actuaciones, comprobaciones, ponderaciones y valoraciones estipuladas en el contrato de 8 de agosto de 1996, está obligada a transmitir y entregar a la reconviniendo los activos y mercaderías del establecimiento mercantil de Hipermercado comprometido, así como a cederle las licencias que amparan la actividad de Hipermercado y que se identifican en el propio contrato, poniendo a CENTROS COMERCIALES CARREFOUR, S.A. en la libre y pacífica posesión y dominio del establecimiento de Hipermercado, así como en la titularidad de las referidas licencias, otorgando la escritura pública de compraventa pactada y comprobando el precio que resulte de la aplicación de los pactos del contrato, todo ello con la advertencia de que si no lo hiciere se mandará cumplimentar a costa de la demandada reconvencional, otorgando el Juez la escritura pactada en ejecución de sentencia.

5º.- Que COMERCiantes DEL PONIENTE, S.A. está obligada a indemnizar a la demandada reconvencional de los daños y perjuicios que puedan resultar en caso de que el establecimiento mercantil (o rama de actividad) del Hipermercado comprometida no sea gestionado hasta su venta a la reconviniendo de conformidad con las normas de gestión fijadas por las partes en el Pacto Séptimo de dicho contrato, daños y perjuicios que se fijarán en ejecución de sentencia.

6º.- Que por incumplimiento del contrato de compromiso de compraventa, COMERCiantes DEL PONIENTE, S.A. debe indemnizar a la reconviniendo de los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento y además, cumulativamente, pagar el importe de la cláusula penal establecida en el Pacto Noveno de dicho contrato, todo ello en sumas que se determinarán en ejecución de sentencia.

Y en consecuencia, CONDENAR a la demandada reconvencional:

A) A estar y pasar por las anteriores declaraciones.

B) A elevar a pública la compraventa perfeccionada, y efectuar la tradición de las fincas sitas en El Ejido, Carretera de Almerimar, s/n, que se identifican como fincas registrales nº 67.400 y 21.281 del Registro de la Propiedad de Berja, cobrando el precio pactado por ellas, con la advertencia de que si no quisiere o no pudiere efectuar todo ello será realizado a su costa por el juez en periodo de ejecución de sentencia.

C) A otorgar a favor de CARREFOUR la documentación y escrituras precisas para la venta del establecimiento mercantil (o rama de actividad) de Hipermercado comprometido en el contrato de compromiso de 8 de agosto de 1996, así como a transmitir a la actora reconvencional todas las licencias contempladas en dicho contrato, efectuando todos los actos necesarios para realizar las comprobaciones, ponderaciones y valoraciones que se estipulan en los Pactos Tercero, Cuarto y Quinto del contrato, así como todos los actos necesarios para realizar la entrega a CARREFOUR, en la forma y estado pactados, de los activos materiales e inmateriales, así como stocks de mercaderías establecidos en el contrato y cobrando de CARREFOUR el precio pactado en la cuantía, forma y plazos que resultan del propio contrato, todo ello con la advertencia de que si no lo hiciere será realizado a su costa, otorgando el Juez los documentos necesarios, en ejecución de sentencia.

D) A indemnizar a CARREFOUR de todos los daños y perjuicios que se deriven de su incumplimiento del contrato de compraventa de las fincas sitas en El Ejido, Carretera de Almerimar, s/n., que se identifican como fincas registrales nº 67.400 y 61.281 del registro de la Propiedad de Berja, en la cantidad que se fije en ejecución de sentencia.



E) A indemnizar a CARREFOUR de cualquier minusvalía o perjuicio que sufra el establecimiento mercantil (o rama de actividad) de Hipermercado comprometido, caso de que el mismo no haya sido gestionado, entre el día 8 de agosto de 1996 y el día en que se efectúe la entrega del establecimiento a CARREFOUR, conforme a las reglas de gestión establecidas por las partes en el Pacto Séptimo del contrato, en la cuantía que se señalará, en su caso, en ejecución de sentencia.

F) A indemnizar a CARREFOUR por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de compromiso de fecha 8 de agosto de 1996, en cifra que se fijará en ejecución de sentencia.

G) A pagar a CARREFOUR el importe de la cláusula penal establecida en el Pacto Noveno del contrato de compromiso de fecha 8 de agosto de 1996, en cifra que se fijará en ejecución de sentencia.

H) Al pago de las costas..."

**TERCERO.-** La actora, demandada reconvenional, interesó la absolución de los pedimentos de la reconvencción.

**CUARTO.-** Seguido el litigio por sus trámites, el Juzgado dictó Sentencia en 25 de julio de 2003, estimando la demanda y desestimando la reconvencción, y al efecto DECLARÓ:

"..1º.- La nulidad radical y absoluta ineficacia del negocio jurídico complejo celebrado entre las partes el 8 de agosto de 1996, así como de todos y cada uno de los distintos documentos en que dicho negocio se instrumenta, a saber escritura pública de segregación y agregación de fincas y constitución de derecho de opción de compra, escritura pública de constitución de hipoteca y documento privado de compromiso de venta de hipermercado, todos ellos de la fecha referida y autorizados los dos primeros por el Notario de El Ejido don Joaquín López Hernández, bajo números 2509 y 2510 de protocolo.

2º.- La correlativa nulidad de los actos otorgados a consecuencia o en ejecución o conexión con dicho negocio complejo nulo, y en particular el ejercicio de la opción de compra efectuado por la demandada mediante comunicación notarial de fecha 5 de noviembre de 1996.

3º.- La correlativa nulidad y cancelación de las inscripciones registrales que dichas escrituras declaradas nulas hayan causado en el Registro de la Propiedad de Berja (hoy, El Ejido) en relación a las fincas registrales que en aquellas escrituras fueron objeto de opción de compra e hipoteca, concretamente fincas registrales 67.400 y 60.125.

4º.- La cancelación de la inscripción en el registro de la Propiedad de Berja (hoy, El Ejido) a que el ejercicio de la opción de compra efectuado por la demandada CARREFOUR mediante comunicación notarial de fecha 5 de noviembre de 1996 dio lugar, inscripción ordenada por Auto de la Presidencia del Tribunal Superior de Andalucía, Ceuta y Melilla en 3 de marzo de 1997, recaída en recurso gubernativo nº 43/996..."

Al tiempo que absolvió a la actora de los pedimentos de la demanda reconvenional, con expresa condena de la parte demandada y reconviniendo al pago de las costas, según quedó aclarado por Auto de 26 de septiembre de 2003.

**QUINTO.-** Interpuso Recurso de Apelación la parte demandada y reconviniendo, del que conoció la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, Rollo 71/04. Esta Sala, por Sentencia dictada en 17 de mayo de 2004, estimó parcialmente el recurso y revocó parcialmente la sentencia recurrida en el único extremo de no hacer expresa imposición de las costas de primera instancia, con igual declaración respecto de las causadas en la alzada, confirmando en todo lo demás la sentencia de primera instancia.

**SEXTO.-** Contra la expresada Sentencia interpusieron Recurso de Casación ambas partes. El interpuesto por la representación de COMERCIANTES DEL PONIENTE S.A. fue inadmitido por Auto de esta Sala de 6 de mayo de 2008, resolución que, en cambio, admitió el Recurso de Casación interpuesto por CENTROS COMERCIALES CARREFOUR, S.A., en sus tres motivos. Oportunamente, COMERCIANTES DEL PONIENTE, S.A. ha formulado alegaciones en oposición al Recurso formulado de adverso.

**SÉPTIMO.-** Para votación y fallo se señaló el día 21 de mayo de 2009, fecha en la que efectivamente tuvo lugar, continuándose en días sucesivos.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montes Penades,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRELIMINAR.- I.- Los hechos básicos.-** Resumidamente expuestos, son los que a continuación se indican:



1.- En 8 de agosto de 1996, COMERCIANTES DE PONIENTE, S.A. (COPO) y CENTROS COMERCIALES PRYCA, S.A. (hoy CENTROS COMERCIALES CARREFOUR, S.A.) suscribieron tres contratos :

(a) Un contrato privado de compromiso de venta de la rama de actividad de hipermercado que COPO tenía en El Ejido, con los elementos que se describen, una vez que se produzca lo que las partes denominaron "consolidación del fondo de comercio", por el precio que resulte de la valoración de los diversos elementos, según el procedimiento que se establece, más mil millones de pesetas.

En los antecedentes, refieren las partes que COPO ha suscrito un pagaré frente a la sociedad constructora del hipermercado ("Construcciones San José, S.A.") por importe de 690.426.996 pesetas, pagaré que se compromete a atender PRYCA (hoy, CARREFOUR), bajo ciertas condiciones, y se garantiza mediante hipoteca de segundo rango sobre el edificio y los solares del hipermercado. El pagaré había sido librado en 4 de mayo de 1996, con vencimiento en 27 de mayo siguiente.

(b) Un contrato de constitución de hipoteca, para garantizar el crédito que nacerá del pago por parte de CARREFOUR del pagaré antes mencionado, que es la escritura autorizada por el Notario de El Ejido D. Joaquín López Hernández en 8 de agosto de 1996, nº 2510 de protocolo. En los antecedentes, se dice que el centro de comercial resulta inviable en su actual forma de explotación, que las ampliaciones de capital acordadas por la sociedad no han sido suscritas, y que no se ha podido atender el pagaré.

En definitiva, se conviene que CARREFOUR atenderá el pagaré cuando se haya producido la inscripción de esta escritura y de la que se dirá a continuación. Nacerá entonces un crédito a favor de CARREFOUR, cuyo reembolso se habrá de producir dentro de los plazos que se señalan, y cuyo buen fin se garantiza con segunda hipoteca sobre terrenos y edificaciones de HIPERCOPOR

(c) Un contrato llamado "de segregación y agregación de fincas con descripción del resto y de constitución de derecho de opción de compra", que es la escritura autorizada por el mismo notario, el mismo día, bajo el número 2509 de protocolo. Se conviene, a la postre, un derecho de opción de compra sobre terrenos agrupados, por plazo de tres años y precio de cincuenta millones de pesetas.

2.- COPO actuaba en estos contratos a través de sus dos Consejeros Delegados mancomunados, que eran el Presidente y el Secretario de la compañía. En 14 de agosto de 1996 se celebró Junta General para ratificar la operación. Fueron confirmados los poderes concedidos a los Consejeros Delegados. Sin embargo, con posterioridad la Junta fue declarada nula por Sentencia del Juzgado de El Ejido nº 1, de fecha 16 de octubre de 1997, en Autos de Juicio de menor cuantía nº 186/97 en cuyo procedimiento, promovido por demanda de uno de los socios, se allanó la compañía demandada y se dictó sentencia en base a tal allanamiento. La causa que se invocaba es la falta de decisión del Consejo sobre la convocatoria de Junta, que no obstante había sido adecuadamente publicada en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación de la Provincia, bajo la firma del Presidente.

3.- Las escrituras cuya inscripción condicionaba suspensivamente el compromiso de CARREFOUR de atender el pagaré fueron inscritas en 7 de mayo de 1997. Cuando se produce tal inscripción, el pagaré ya había sido atendido por COPO, en 19 de diciembre de 1996, con un coste de 745.000.000 pesetas.

4.- CARREFOUR requirió en 26 de septiembre de 1996 el cumplimiento de lo pactado.

5.- COPO presentó en 24 de septiembre de 1997 la demanda de juicio de mayor cuantía en la que se contenían los pedimentos de que antes se ha dado cuenta (Antecedente de Hecho Primero).

## II.- La Sentencia de Primera Instancia.-

6.- Como se ha visto, (Antecedente de Hecho Cuarto) estimó la demanda y desestimó la reconvención. En primer lugar, identificó las pretensiones ejercitadas, señalando que:

(a) una primera acción se dirigía a obtener la declaración de nulidad radical y absoluta ineficacia del negocio jurídico celebrado entre las partes el 8 de agosto de 1996, con fundamento legal en los artículos 1261 y 1445 CC, por (aa) ilicitud del objeto; (ab) causa ilícita; (ac) decaimiento de la causa; (ae) existencia de pacto comisorio; y (af) falta de capacidad de la actora para la firma del contrato.

(b) una segunda acción se dirigía a la declaración de nulidad y cancelación de las inscripciones registrales, con fundamento en los artículo 40 y concordantes de la Ley Hipotecaria .

7.- Para enfocar adecuadamente la cuestión, la sentencia, aplicando los cánones hermenéuticos de los artículos 1281 (literalidad 1282 (interpretación histórica) y 1285 del Código civil (canon de la totalidad o interpretación sistemática), llega a la conclusión de que los tres documentos otorgados en 8 de agosto de 1996 contienen un único negocio jurídico, con un mismo fin e idénticos objeto y causa. En los tres contratos, destaca la sentencia, la finalidad perseguida por las partes es la misma, esto es, la venta de todos los elementos



necesarios para el establecimiento de un Centro Comercial en el que CARREFOUR desarrollará una actividad incluida en el marco de su objeto social.

8.- La sentencia no acepta la ilicitud del objeto que conlleva la ilicitud de la causa (FJ 4º) porque no considera que el objeto del negocio jurídico sea "la transmisión del interés social otorgado por la Administración pública" a favor de la actora, objeto que estaría fuera del comercio.

9.- Tampoco prospera la alegación de inexistencia de la causa, aunque sí el llamado "decaimiento de la causa" (FJ 5º). Considera el Juzgado de Primera Instancia que, por lo que respecta a la parte actora, el principal motivo que la guía es el de evitar la ejecución del pagaré librado en 2 de mayo de 1996 por importe de 690.426.996 pesetas, con vencimiento en 27 de mayo de 1996, a favor de la entidad CONSTRUCTORA SAN JOSE, S.A., mientras que, por lo que se refiere a la demandada CARREFOUR, la prestación que espera obtener de la otra parte es la transmisión de la actividad empresarial de hipermercado. De los datos obrantes en autos deduce que el pagaré fue atendido en 10 de diciembre de 1996 por COMERCIANTES DEL PONIENTE, S.A. mediante el pago de 745.000.000 pesetas, importe de principal e intereses. Este pago, dice la sentencia, fue anterior a la efectiva inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho de opción de compra ejercitado por la demandada, inscripción acordada por Auto de la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 3 de marzo de 1997, e impide el nacimiento del compromiso asumido por CARREFOUR en la escritura de constitución de hipoteca, dado que, condicionado el mismo a la previa inscripción registral de la escritura pública de opción de compra (Pacto Primero de la escritura de hipoteca), y habiéndose producido ésta con posterioridad a la extinción de la deuda instrumentada en el referido pagaré, ha de concluirse forzosamente que, extinguida la obligación principal garantizada con la hipoteca, ha de correr igual suerte el derecho real accesorio constituido en garantía de aquélla (principio de accesoriedad de la hipoteca).

10.- De modo que, al haberse establecido como causa del negocio jurídico complejo de la litis para la actora evitar la ejecución del pagaré librado a que antes hemos hecho referencia, para evitar una ejecución que comportaría la imposibilidad de mantener el negocio de hipermercado explotado por COMERCIANTES DEL PONIENTE, S.A., y conseguida dicha finalidad mediante la satisfacción de la deuda por parte de la deudora, se produce la desaparición de la causa contractual contemplada por la parte demandante, lo que acarrea, subraya la sentencia, la inexistencia sobrevenida de la causa del contrato, con la consiguiente desaparición de uno de los elementos esenciales del mismo. Por lo que procede acoger este motivo de impugnación, que consiste en la desaparición sobrevenida de la causa del negocio. (FJ 5º, ap. Quinto, vide antes, sub 6, ac).

11.- Como quiera que pudiera pensarse que tal apreciación se encuentra en contradicción con la prohibición establecida en el artículo 1256 del Código civil, el Juzgado de primera instancia refuerza su convicción acudiendo a la evidencia, que extrae del material probatorio, de que la actuación de los Administradores de la sociedad actora, al suscribir los contratos de la litis, se llevó a cabo a espaldas y contra la voluntad de los socios. Esta evidencia se extrae fundamentalmente de los siguientes datos: (a) La Junta de 26 de junio de 1996 manifiesta la voluntad de los socios de llevar a efecto las medidas necesarias para hacer frente a la deuda mediante ampliación de capital, sin que se contemple la enajenación del patrimonio social; (b) la proximidad entre dicha junta y los contratos (8 de agosto de 1996) sugiere que éstos se hallaban en gestación con anterioridad a la fecha de aquélla, al tratarse de contratos de elevada complejidad; (c) las actuaciones posteriores corroboran la voluntad de los socios contraria a la enajenación del patrimonio social.

12.- No prospera la impugnación basada en la existencia de un pacto comisario, que se encontraría convenido en el Pacto Quinto D) de la escritura pública de "segregación y agregación de fincas y opción de compra de supermercado" (FJ 6º).

13.- Se acoge, en cambio, la alegación de falta de capacidad de los Consejeros Delegados que firmaron el negocio jurídico en representación de la entidad actora. Es tema debatido, destaca la sentencia, el de si la transmisión del mismo establecimiento exige acuerdo de la Junta General o si cabe que se decida por los Administradores, en los casos en que los Estatutos no atribuyan la competencia a la Junta General. El Juzgador de primera instancia se inclina a pensar que cuando el establecimiento a transmitir es el único con el que cuenta la sociedad o constituye la mayor parte de los que posee, la competencia es de la Junta General, conclusión que dice extraer de "doctrina científica autorizada". Tal acuerdo no existe y aunque la transmisión fue efectuada después de haber sido ratificada en Junta de 14 de agosto de 1996, dicha Junta fue anulada en virtud de sentencia de fecha 16 de octubre de 1997, recaída en Autos de Juicio de Menor Cuantía nº 186/97 del Juzgado de Primera Instancia de El Ejido nº 1. En este procedimiento, como antes se ha puesto de relieve, un socio solicitó la nulidad de la Junta, por falta de acuerdo de convocatoria adoptado por el Consejo de Administración (no obstante haberse convocado regularmente en el BORME y en un periódico de los de mayor circulación de la provincia), y la sociedad se allanó. La Sentencia, que obra en Autos, se dictó con base en dicho allanamiento.



14.- La sentencia no considera que pueda aplicarse el artículo 129 LSA, apreciando que la entidad compradora fuera un tercero de buena fe, pues se trata - a criterio del Juzgador - de un presupuesto de validez de la actuación de aquellos administradores, referido a la posterior aprobación de la Junta General Extraordinaria de la Sociedad convocada al efecto, y además existen indicios racionales que llevan a cuestionar la pretendida buena fe de la mercantil demandada (indicios que no señala).

15.- No prosperan, como venimos diciendo, las cinco pretensiones deducidas por la demandada CARREFOUR en su reconvenición: (a) la declaración de titularidad dominical amparada en el artículo 348 CC ; (b) la dirigida a la consecución de que se otorguen las correspondientes escrituras (artículos 1279 y 1280 CC ) ; (c) la que se dirigía al otorgamiento de la documentación y de las escrituras precisas para la venta del establecimiento mercantil, con fundamento en el artículo 1256 CC , según el Juzgado; (d) las reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento, tanto del contrato de compraventa de las fincas como del contrato de compromiso, así como de los daños y perjuicios que fueran consecuencia de cualquier minusvalía o perjuicio que sufra el establecimiento mercantil, o rama de actividad, de Hipermercado, en caso de que el mismo no haya sido gestionado adecuadamente según lo convenido entre el día 8 de agosto de 1996 y el día en que se efectúe su entrega, pretensiones de indemnización que tienen su fundamento en el artículo 1101 del Código civil ; ni, finalmente (e) la acción dirigida a la reclamación de daños y perjuicios por el concepto de cláusula penal, que encuentra su fundamento en los artículos 1152 a 1155 del Código civil .

### III.- La sentencia recurrida.-

Estima la Sala, en primer lugar, que se ha producido una "causalización de los motivos" en los documentos antes señalados, que componen un único negocio complejo. El motivo causalizado es la atención del pagaré librado por COPO y entregado a CONSTRUCTORA SAN JOSE, S.A.. El pago de la deuda contenida en el pagaré "se elevó a condición determinante" del negocio jurídico. Al haber sido atendido este pagaré por la entidad libradora (COPO) se ha producido lo que la sentencia denomina "decaimiento de la causa" y ello se traduce en una desaparición de la base del negocio que estima ha de conducir a la nulidad radical del negocio por defecto de causa.

En segundo lugar, los Consejeros Delegados que actuaron carecían de poder para obligar a la sociedad, toda vez que se trata de operaciones que están fuera del giro y tráfico (antes bien, significan la enajenación de los activos de la sociedad, que es el polo opuesto a la actividad ordinaria) y CARREFOUR no actuaba en buena fe, según deduce de determinados indicios sobre los que la sentencia no es muy explícita. No vale oponer la ratificación de la Junta celebrada en 14 de agosto de 1996 , puesto que ha sido declarada nula, ni una supuesta acta del Consejo de 5 de agosto de 1996, que no tuvo existencia real.

**PRIMERO.-** El recurso de casación plantea tres motivos :

El primero denuncia la infracción de los artículos 1274 a 1276 CC , en conexión con el artículo 1256 del propio Código . Viene a decir la recurrente que no hay un negocio unitario, sino tres negocios, ni menos pudo el móvil de la actora (evitar la ejecución del pagaré) integrarse en la base del negocio, puesto que se trataría del móvil de una de las partes, que no está asumido por la otra como un "propósito empírico común". En todo caso, la sobrevenida desaparición de la base del negocio llevaría a la resolución, y no a la nulidad radical, según numerosa jurisprudencia, que cita.

En el segundo motivo, se denuncia la infracción de los artículos 128 y 129 LSA . La sociedad debe cumplir, en todo caso, los compromisos asumidos por los Consejeros Delegados frente a terceros de buena fe, que se presume y que en el caso no ha sido descartada.

En el tercero, se denuncia la infracción de los artículos 122 LSA (redacción entonces vigente, anterior a la Ley 1/2000 ) y 1259 CC. La carencia de poder de los Consejeros Delegados fue subsanada por la Junta General de 14 de agosto de 1996 y la nulidad posteriormente declarada no puede afectar al tercero de buena fe que es la actual CARREFOUR.

**SEGUNDO.-** El primero de los motivos del Recurso denuncia la infracción de los artículos 1274 a 1276 del Código civil , en conexión con el artículo 1256 del mismo Cuerpo Legal, así como la infracción de las doctrinas jurisprudenciales de "causalización de los motivos" y de "desaparición de la base del negocio". A juicio de la recurrente, no hay un único negocio, sino tres, con un contrato principal, autónomo, que es el privado sobre compromiso de compraventa de rama de actividad, más otro según el cual se podían adquirir o no los terrenos, y un tercero, de constitución de hipoteca, accesorio a una obligación de pago que CARREFOUR (entonces, PRYCA) asumía y que si tenía que cumplir le generaría un crédito frente a COMERCIANTES DEL PONIENTE, S.A. Subraya la recurrente que la constitución del derecho de hipoteca no era la base de ningún negocio unitario, sino un negocio independiente cuya única relación con los otros dos firmados consistía en que el comprador de la rama de actividad, mediante tal negocio, se aseguraba que los terrenos sobre los



que se asentaba el hipermercado no iban a resultar embargados como consecuencia del impago del pagaré. Entiende la recurrente que la Sentencia recurrida yerra al apreciar que los motivos, distintos para cada una de las partes (pues en un caso se trataría de la transmisión de la actividad empresarial de hipermercado y en el otro la asunción de la deuda que COPO tenía con CONSTRUCTORA SAN JOSE, S.A.) se causalizaron y pasaron a integrar la base del negocio. Subraya el recurso que, como excepción al principio *pacta sunt servanda*, un contrato puede ser resuelto si decae la *base del negocio*, o si, estando la finalidad común de ambos contratantes incorporada a sus declaraciones de voluntad, como condición o modo, dicha condición no llega finalmente a cumplirse. Además de que no se puede dejar al arbitrio de una de las partes, puesto que lo veda el artículo 1256 CC, la facultad de que, con su proceder, frustre la finalidad del negocio (SSTS 6 de noviembre y 10 de diciembre de 1992 y 9 de mayo de 1996). En todo caso, la *desaparición de la base del negocio* daría lugar a la resolución del contrato, y no a la nulidad.

**TERCERO.-** El primero de los motivos del Recurso ha de ser estimado.

La Sala de instancia basa su decisión en este punto en "la aplicación de la doctrina jurisprudencial de la causalización de los motivos", que entiende ha de regir en el caso, aun cuando no se trate de una finalidad común a ambas partes, y dedica los Fundamentos Jurídicos Cuarto, Quinto y Sexto a explicarlo, señalando que tal doctrina ha sido configurada por la jurisprudencia, al admitir que un móvil se incorpore a la causa, y tenga trascendencia como tal elemento del negocio jurídico, si bien las sentencias que señala en apoyo de su posición ya indican que las partes han de incorporar ese móvil como cláusula o condición, pero considerando que es admisible que un motivo se causalice y llegue a la categoría de causa por ser reconocido y compartido por ambas partes como determinante de la eficacia de lo convenido (FJ 4º, in fine), lo que sostiene haber ocurrido en el caso, confirmando lo apuntado por la sentencia de primera instancia, esto es que por ambas partes se elevó a condición determinante del negocio jurídico emprendido, que considera único, aunque contenido en tres documentos, "el hecho de que COPO tuviera que atender el pago del pagaré que tenía vencimiento en 27 de mayo de 1996". Aun cuando se tenga, a partir del artículo 1274 CC, un concepto objetivo de la causa, no puede desconocerse el peso que tiene en ella la intención o explicación del componente de voluntad que cada parte proyecta al consentir el negocio, y la recurrente - dice la sentencia recurrida - conoció y asumió los motivos determinantes de la actora para la operación.

Esta Sala no comparte esta posición respecto de la "causalización de los motivos" ni en la explicación de la sentencia recurrida ni en la que ya se contiene en la sentencia de primera instancia, pero menos aún puede compartir con las decisiones de la instancia que se haya producido un decaimiento o una desaparición sobrevinida de la causa en el caso, ni que sea aquí irrelevante la regla que se contiene en el artículo 1256 del Código civil ni, finalmente, que una virtual desaparición sobrevinida de la causa pueda dar lugar a la nulidad de los negocios.

**CUARTO.-** El artículo 1274 del Código civil, cuya directa inspiración en la doctrina de POTHIER ya fue reconocida por esta Sala en decisiones muy antiguas, ha sufrido una lectura jurisprudencial en la que se ha acentuado el sentido objetivo, más coherente con las tesis doctrinales imperantes que presentan la causa como la función económico-social del negocio. Así, las Sentencias de 8 de julio de 1983, 4 de mayo de 1987, 25 de febrero de 1995, 24 de enero de 1992, 8 de febrero de 1996, 17 de abril de 1997 o 17 de diciembre de 2004, entre muchas otras, consideran que la causa es la razón objetiva, precisa y tangencial a la formación del contrato y se define e identifica por la función económico-social que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico. En los contratos sinalagmáticos, la causa está constituida por el dato objetivo del intercambio de las prestaciones (SSTS 8 de julio de 1974, 8 de julio de 1983, 17 de enero de 1985, 11 de abril de 1994, 21 de julio de 2003, etc.)

Así entendida, la causa se ha de distinguir de los móviles subjetivos, cuya relevancia se produce cuando sean reconocidos y exteriorizados por ambas partes contratantes (SSTS 4 de mayo de 1987, 30 de septiembre y 21 de noviembre de 1988, 31 de enero de 1991, 8 de febrero de 1996, 6 de junio de 2002, etc.).

Esta concepción no elude el peso de los factores subjetivos, pues cabe que el móvil o propósito que guía a las partes tenga peso en la determinación de la voluntad negocial, hasta el punto de que se configure en el caso un "propósito empírico común de las partes" que encarne, en ese supuesto, el elemento causal del negocio. Y así es posible que el móvil subjetivo, que en principio es una realidad extranegocial, salvo que las partes lo incorporen al contrato como cláusula o como condición (SSTS 19 de noviembre de 1990, 4 de enero de 1991, 28 de abril de 1993, 11 de abril de 1994, 1 de abril de 1998, etc.), se incorpore a la causa ("móvil casualizado") y tenga trascendencia como tal elemento del contrato (SSTS 11 de julio de 1984, 21 de noviembre de 1988, 8 de abril de 1992, 1 de abril de 1998, 21 de marzo y 21 de julio de 2003, etc.). Pero para llegar a causalizar una finalidad concreta será menester que el propósito de que se trate venga perseguido por ambas partes y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo (SSTS 16 de febrero de 1935, 20 de junio de 1955, 17 de marzo de 1956, 30 de enero de 1960, 23 de



noviembre de 1961, 27 de febrero de 1964, 2 de octubre de 1972, 8 de julio de 1977, 1 de abril de 1982, 8 de julio y 17 de noviembre de 1983, 30 de diciembre de 1985, 17 de febrero de 1989, 4 de enero de 1991, 11 de abril de 1994, 6 de junio de 2002, 21 de julio de 2003, etc.).

En el caso, la "causalización" del móvil que claramente impulsa la actuación de COMERCIANTE DEL PONIENTE, S.A., esto es, la atención del pagaré librado frente a CONSTRUCCIONES SAN JOSE, S.A., no es determinante, en ningún caso, de la voluntad de una de las partes ni puede ser identificada como *causa del negocio*. La sentencia de primera instancia acoge la tesis de la actora, en el sentido de haberse producido un "decaimiento de la causa", pero su posición es, por una parte, contradictoria, puesto que, en principio, señala que la finalidad del único negocio que entiende formalizado entre las partes es la "venta de todos los elementos necesarios para el establecimiento de un Centro Comercial en que CARREFOUR desarrollará la actividad incluida dentro de su objeto social" (como puede verse en el FJ Preliminar de esta Sentencia, ap. II, sub nº7) y, por otra parte, dubitativa, ya que ha de acudir al "refuerzo de su convicción" que para el Juzgador significa que la operación se haya producido contra la voluntad social (FJ Preliminar, II, 9 y 11). Es la sentencia recurrida la que teoriza la "causalización del motivo" que consiste en el pago de la deuda reflejada en el pagaré, aunque sin dejar de subrayar que no se trata de una finalidad común a ambas partes, ni de señalar que la jurisprudencia verifica una lectura en sentido objetivo del artículo 1274 del Código civil.

En el criterio de esta Sala, no se produce en el caso un problema de causa, ni de inexistencia ni de sobrevenida desaparición. La causa existe de modo claro en el momento de la formación de los negocios (8 de agosto de 1996) y en el momento en que la Junta General (celebrada, aunque declarada nula catorce meses después) ratificó la actuación de los Consejeros Delegados (14 de agosto de 1996). Por las razones que fueran, un colectivo más o menos amplio de socios, después de formado el negocio, decide no seguir adelante la relación comercial entablada con CARREFOUR para la venta del Hipermercado, utiliza de otro modo los recursos a su disposición, y trata de dejar sin efecto los contratos convenidos con CARREFOUR, a cuyo efecto, después de retrasarse la inscripción de la opción de compra, que finalmente es acordada por Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 3 de marzo de 1997, cuando ya en 10 de diciembre de 1996 se ha verificado pago de la deuda reflejada en el pagaré, más de los intereses (Documento 15 de la demanda, folios 293 a 295), plantea la demanda de nulidad que da origen al litigio.

**QUINTO.-** Pero para que el cambio de la voluntad, posterior a la perfección de los contratos convenidos, fuere eficaz, la parte actora ha tenido que verificar un comportamiento contradictorio con lo convenido en los contratos de 8 de agosto de 1996, en los que se preveía la asunción por la entonces denominada "CENTROS COMERCIALES PRYCA, S.A." (hoy, CARREFOUR) del compromiso de pago a su legítimo tenedor del pagaré nº 6.882.099-4, librado por COPO a favor de CONSTRUCTORA SAN JOSE S.A., por su principal, incrementado con cuanto el tenedor acredite de conformidad con el artículo 58 LCCH (Escritura de constitución de Hipoteca autorizada por el Notario de El Ejido D. Joaquín López Hernández, nº 2.510 de protocolo, ap. VII, Pacto Primero, folio 218 vto.), compromiso suspensivamente condicionado a que se inscribieran la escritura de constitución de derecho de opción de compra de determinadas fincas autorizada en la misma fecha, por el mismo Notario, bajo el nº 2.509 de protocolo, y la hipoteca convenida en la propia escritura nº 2.510, en tanto que en el llamado "Contrato de Compromiso de Compraventa de Establecimiento de Hipermercado en funcionamiento", suscrito en la misma fecha (8 de agosto de 1996) por los contendientes, se hace constar (Manifestación II) que COPO había solicitado de CARREFOUR (entonces PRYCA) "que atienda por cuenta de dicha sociedad el referido pagaré".

No obstante lo cual, en 10 de diciembre de 1996, COMERCIANTE DEL PONIENTE S.A. verifica pago de la deuda reflejada en el pagaré, como antes se ha dicho, directamente a CONSTRUCCIONES SAN JOSE, S.A. (Documento 15, folios 293 a 295 de los autos), sin hacer mención de los compromisos establecidos con CARREFOUR.

El efecto de tal comportamiento se proyecta en varias consecuencias: (a) por una parte, priva de sentido a lo manifestado respecto de asunción del compromiso de pago en el Contrato de "Compromiso de Compraventa de Hipermercado en funcionamiento" suscrito en 8 de agosto de 1996; (b) deja sin efecto las obligaciones de pago y de reembolso que se establecen en la escritura de Constitución de Hipoteca autorizada por el Notario de El Ejido D. Joaquín López Hernández en la misma fecha, bajo el nº 2.510 de protocolo; y (c), además, evita que surja un crédito de CARREFOUR contra COMERCIANTE DEL PONIENTE, S.A. que pueda ser deducido del precio establecido por la Compraventa de las Fincas descritas en las Manifestaciones I (la resultante de la agregación) y III de la Escritura llamada "De Segregación y Agregación de Fincas y de Constitución de Derecho de Opción", autorizada por el Notario de El Ejido D. Joaquín López Hernández en 8 de agosto de 1996, bajo el nº 2.509 de protocolo, o bien del precio convenido en el repetidamente citado "Contrato de Compromiso de Compraventa de Hipermercado en funcionamiento". Pero no deja sin sentido, ni carentes de causa, los acuerdos sobre derecho de opción de compra de ciertas fincas y compromiso de compraventa de "Hipermercado en funcionamiento". De una parte, como se ha visto, porque la causa, que realmente consiste





en la adquisición de un edificio, terrenos y otros elementos sobre o con los que se ejercita una actividad empresarial de Hipermercado, subsiste y tiene sentido, si bien realizando los ajustes de condiciones que procedan, puesto que, por otra parte, no afecta a la determinación del precio convenido, y por otra parte porque no le está consentido a una de la partes alterar a su arbitrio lo convenido, hasta el punto de privar de efectos al negocio establecido, con fragante violación del principio *pacta sunt servanda* (artículos 1091, 1254 y 1258 del Código civil ) sin una previsión contractual expresa que lo autorice, regla que se viene deduciendo pacíficamente en la doctrina y en la jurisprudencia del artículo 1256 del Código civil (SSTS 22 de septiembre de 1999, 18 de marzo y 30 de diciembre de 2002, 13 de abril de 2004, 30 de noviembre de 2007 , etc.), en una actuación que, por otra parte, en cuanto destinada a privar de efectos a los contratos establecidos entre las partes, sería un comportamiento de mala fe, como contrario a los deberes de lealtad y de fidelidad, de coherencia y de protección de la confianza ajena (SSTS 30 de junio y 25 de julio de 2000, 12 de julio de 2002, 30 de enero de 2003, 19 de enero de 2005 , etc.) que imponen los artículos 7.1 y 1258 del Código civil y 57 del Código de Comercio.

Razones por las que se ha de estimar el motivo, aunque no por sí mismas son decisivas para la viabilidad del recurso, toda vez que la decisión de la instancia se apoya también en la falta de consentimiento social para la enajenación del establecimiento.

**SEXO.-** En el segundo de los motivos, como se ha dicho, la recurrente denuncia la infracción de los artículos 122 y 129 de la Ley de Sociedades Anónimas (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre ), y a este efecto señala que, según la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias que cita (entre otras, SSTS 18 de marzo de 1999, 14 de mayo de 1984, 11 de octubre de 1983 y Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 10 de mayo de 1999 ) las sociedades deben cumplir los compromisos asumidos con terceros por su órgano de administración aun cuando su contenido exceda el objeto social, con independencia del debate y de las consecuencias de orden interno que puedan derivarse de una posible extralimitación. El motivo se relaciona íntimamente con el motivo Tercero, en el que denuncia la recurrente la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre presunción de buena fe, en relación con los artículos 122.1 de la Ley de Sociedades Anónimas (redacción entonces vigente, anterior a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000 ) y 1259 del Código civil, ya que, según el recurso, en todo caso el negocio llevado a cabo por los Consejeros Delegados fue ratificado por la Junta General, a cuyo efecto se apoya en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de marzo de 1999, 25 y 26 de febrero de 2001 y en las SSTS de 21 de octubre de 1997, 14 de octubre de 1998, 18 de marzo, 19 de julio de 1999 y 26 de octubre de 1999 , entre otras).

Procede, por ello, el examen conjunto de los motivos Segundo y Tercero.

**SÉPTIMO.-** Los motivos segundo y tercero deben ser estimados.

La Sala de instancia entiende que se trata de actos realizados por los Administradores excediéndose de su ámbito de representación, pues se trata de actos negatorios o contrarios al objeto social (FJ 8º) que corresponden en exclusiva a la Junta General (FJ 9º) y que no han podido ser ratificados por la Junta, pues la celebrada con posterioridad (14 de agosto de 1996) fue declarada nula por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de El Ejido, en 16 de octubre de 1997 , además de que existen datos suficientes para determinar que la recurrente no actuaba de buena fe (FJ 10º), pues ésta no podía ignorar que la competencia, dado que se habían de transmitir de una u otra forma los inmuebles que componían el hipermercado, tenía que estar reservada a la Junta General de Accionistas, y conocía que el Secretario de Administración era el Sr. Ruperto , cuando en los documentos que suscribieron en 8 de agosto de 1996 se hacía referencia a una supuesta acta del Consejo de Administración en la que se facultaba a los Sres. Jose Antonio y Desiderio para suscribir la operación en la que aparecía como Secretario Don. Desiderio . Existe, finalmente, un requerimiento notarial de 26 de septiembre de 1996 en el que se reproduce el contenido de los acuerdos del 14 de agosto, sin referencia alguna al negocio celebrado en 8 de agosto, y se nombra en cambio una comisión de seguimiento a fin de que interviniese en cualquier negociación de venta.

El razonamiento de la Sala de instancia no es convincente, a criterio de esta Sala. En primer lugar, los llamados datos de hecho que demostrarían la mala fe de CARREFOUR no son tales . Así :

(1) Se trata, según la Sala de instancia, de que CARREFOUR (entonces PRYCA) "no puede ignorar" que por haberse de vender los terrenos y edificios para el buen fin de la operación la competencia ha de recaer sobre la Junta General. Tal ignorancia, como su estado contrario, que sería la "creencia de que carecen de atribuciones los Administradores" no es más que una presuposición que formaría parte del proceso interno de la voluntad de los intervinientes y no puede fundar un estado real de conocimiento, en ese momento, de la carencia de poder de los Consejeros Delegados, lo que está, además, en contradicción con otros elementos, como la existencia



de una efectiva Delegación de facultades inscrita en el Registro Mercantil, y la aportación de certificaciones de acuerdos del Consejo y de la Junta General, como vamos a ver.

(2) El dato relativo Don. Ruperto , que no firma como Secretario una de las certificaciones que obran en los documentos de 8 de agosto, no es relevante. La sociedad tiene nombrado un Vice-Secretario, y cabe la actuación de un Secretario accidental. Por otra parte, Don. Ruperto actúa como Secretario en la Junta de 14 de agosto, sin poner reparos ni objeciones a lo que allí se acordó y, según el requerimiento de 26 de septiembre de 1996 (Documento 10, folios 264 a 274 de los Autos, folio 271) tuvo "pleno y total conocimiento" de los contratos de 8 de agosto de 1996 y solicitó determinadas modificaciones, que fueron en su mayor parte aceptadas.

(3) Por otra parte, la nulidad de la Junta, que efectivamente se celebró en 14 de agosto de 1996, se declaró catorce meses después, mediante un allanamiento de la sociedad a la demanda formulada por un socio, sobre la base de que no había sido convocada por el Consejo de Administración, no deja de poder fundamentar la buena fe de CARREFOUR, como cabe acreditar a través de los Documentos nº 21 y 26 (obrantes a los folios 328 a 326 y 341 a 343 vuelto de los Autos).

El primero de los documentos citados, Acta Notarial autorizada por el Notario de El Ejido D. Joaquín López Hernández que se inicia en 13 de agosto y se cierra el siguiente día 14 de agosto de 1996, nº 2.516 de protocolo, contiene el Acta de la Junta celebrada en 14 de agosto de 1996, a la que asistieron 87 socios con un capital de 322.700.000 pesetas. En ella se dice que el Notario comprobó "que se han cumplido las formalidades para su celebración, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de los Estatutos sociales". Actuaba como Secretario el precitado Don. Ruperto y como Presidente D. Jose Antonio . Se transcribe el poder para negociación, calificado de "amplísimo", que se concede al Consejo de Administración, aprobado por mayoría de capital (297.400.000 pesetas). Ninguno de los asistentes quiso dejar constancia de reserva u objeción al acuerdo.

El segundo de los documentos citados (nº 26) contiene una Escritura de elevación a públicos de Acuerdos adoptados por el Consejo de Administración de COMERCIANTES DEL PONIENTE, S.A., en sus sesiones de 13 y 26 de septiembre de 1996, autorizada por el Notario de El Ejido D. Joaquín López Hernández en 30 de septiembre de 1996, nº 2.904 de protocolo, y en ella se lee : (a) Que según el Acta de la sesión del Consejo de Administración celebrada en 13 de septiembre "suscrita por todos los Consejeros asistentes", se ratificaban la Escritura de segregación y agregación de fincas autorizada por el Notario Sr. López Hernández nº 2.509 de protocolo, así como la Escritura de constitución de Hipoteca autorizada por el propio Notario el mismo día bajo el nº 5.510 de protocolo y el "Compromiso de venta" suscrito el mismo día, contratos y documentos reiteradamente citados y referidos; y (b), Que según consta en el Libro de Actas de la Compañía, en sesión del Consejo de Administración celebrada en 26 de septiembre de 1996, "en virtud de las facultades concedidas por la Junta General Extraordinaria de Accionistas de la sociedad celebrada el 14 de agosto del año en curso" se ratificaban en lo menester los tres contratos de 8 de agosto de 1996 antes señalados.

(4) Es rotundamente incierto que el Acta de Requerimiento de 26 de septiembre de 1996 (Autorizada por el Notario de El Ejido D. Alfonso Rodríguez García, bajo el nº 2.744 de protocolo, que obra en Autos como Documento nº 10, folios 264 a 274, como antes se ha dicho) no contuviera referencia a los contratos convenidos en 8 de agosto de 1996, baste ver el folio 271. Este requerimiento se practica por la representación de CARREFOUR (entonces PRYCA) a COMERCIANTES DEL PONIENTE, S.A. y reclama la realización de las actuaciones necesarias para la inscripción en el Registro de la Propiedad de las escrituras de 8 de agosto de 1996, al tiempo que se reserva la facultad de resolver lo convenido, con resarcimiento de daños y abono de intereses.

En segundo lugar, no cabe poner a cargo de la adquirente CARREFOUR la carga de comprobar si los Acuerdos adoptados, cuyas certificaciones se libran y entregan, responden a la realidad de las sesiones celebradas y de los acuerdos efectivamente adoptados, cuando figuran en escrituras públicas y se llegan a inscribir en los correspondientes Registros, gozando de las presunciones de veracidad y legitimidad que la ley les otorga.

A lo que se ha de añadir que la buena fe se presume y que la carga de probar la mala fe corresponde a la contraparte (SSTS 29 de noviembre de 1985, 8 de junio de 1994, 6 de junio de 2002, 29 de enero de 2004, 27 de noviembre de 2006 , entre muchas otras).

Así, pues, hay que partir de que CARREFOUR actuaba de buena fe. Este estado, a tenor de lo previsto en el artículo 129.2 de la LSA (Texto Refundido aprobado por R. Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre), se impone incluso a los efectos previstos para la publicidad material, pues es irrelevante que se desprenda de los Estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social. En el caso, además, concurren dos circunstancias relevantes : por una parte, es la sociedad la que ha de soportar la carga de probar que el acto excede el objeto social y que el tercero conoce esa falta de conformidad o debía conocerla dadas las circunstancias; por otra parte, aun conociendo este extremo, CARREFOUR ha podido confiar en la



ratificación realizada por el Consejo de Administración, en base al acuerdo de la Junta Extraordinaria de 14 de agosto de 1996, en sus sesiones de 13 y 26 de septiembre de 1996, dada la apariencia creada por la Escritura de elevación a públicos de los Acuerdos del Consejo, de 30 de septiembre de 1996, autorizada por el Notario de El Ejido D. Joaquín López Hernández bajo el nº 2.904 (Documento nº 26, folios 341 y sigs. de los Autos).

Por otra parte, como ha dicho la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 2 de octubre de 1981, se ha de tratar de cohonestar la seguridad del tráfico y la consiguiente protección del tercero de buena fe con el principio de defensa del interés social, y cuando la salvaguarda de ambos principios no es posible se observa en el Derecho comparado una tendencia a adoptar o aproximarse al sistema germánico que da primacía a la protección del tercero y a la seguridad del tráfico. Esa tendencia se ha acabado imponiendo también entre nosotros. Así, se ha aceptado que están dentro del ámbito de poder de representación de los Administradores no sólo los actos de desarrollo o ejecución del objeto, y los actos auxiliares o complementarios, sino también los neutros o polivalentes e incluso los aparentemente no conectados, quedando excluidos los "claramente contrarios" (RR de 11 de noviembre de 1991, y las que allí se citan, como las de 12 de mayo y 24 de noviembre de 1989) pues, como señalaba esta Resolución, la conexión de un acto con el objeto social no es sencilla en general, a priori, ya que esa conexión tiene en algún aspecto matices subjetivos, participa en muchas ocasiones del factor riesgo, implícito en los negocios mercantiles, y suele precisar del conveniente sigilo para no hacer ineficaces, por públicas, determinadas decisiones empresariales que pretenden por medios indirectos resultados negociales propios del objeto de la sociedad. En consecuencia, rechazar a priori esa conexión escapa ordinariamente a la función calificadora (RDGRN 8 de octubre de 1964) ya que no puede asumir el tercero la carga de interpretar la conexión del acto que va a celebrar con el Administrador, lo que se reitera en otras Resoluciones (como la de 11 de marzo de 1992, en la que se destacaba que el objeto social está redactado por la sociedad, con los efectos, entre otros, de aplicación del artículo 1288 CC, y las que allí se citan). En esta línea se insertan también, entre muchas otras, las Resoluciones de 8 de julio de 1993, 3 de octubre de 1994 y 10 de mayo de 1999, que de nuevo vuelven a subrayar la aproximación al sistema germánico de protección de terceros y de la seguridad del tráfico.

La misma línea de tendencia puede verse en la jurisprudencia de esta Sala. La Sentencia de 27 de junio de 1996 toma como punto de partida la capacidad de obrar que se reconoce a las personas jurídicas (artículo 38 CC) a partir de la Sentencia de 5 de noviembre de 1959 y el reforzamiento de la protección de los terceros que contratan al margen del objeto social por efecto del artículo 9.1 de la Primera Directiva. La Sentencia de 16 de junio de 1998 insiste en la protección de los terceros de buena fe, en tanto que la de 18 de marzo de 1999 señala la primacía de la buena fe del tercero, y en la necesidad de prueba de la mala fe del tercero para que la limitación estatutaria sea oponible. Esta doctrina se sintetiza y ratifica en la Sentencia de 31 de marzo de 2006.

En consecuencia, por aplicación del artículo 129.2 LSA, en relación con la doctrina de la buena fe, se han de acoger los motivos.

**OCTAVO.-** La estimación de los motivos determina la del mismo Recurso de Casación, que ha accedido al amparo del artículo 477.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que esta Sala, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 487.2 LEC, ha de casar la sentencia, dictando en su lugar otra ajustada a Derecho, con los pronunciamientos sobre costas que deriven de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 398.2 y 394.2 de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil.

**NOVENO.-** Al casar la sentencia, esta Sala ha de asumir la instancia, fallando de acuerdo con los datos de hecho que resultan de la prueba practicada y del debate realizado. Es conveniente precisar que se deducen por la parte demandada y reconviniendo pretensiones de resarcimiento que carecen de viabilidad ante la falta de prueba, la remisión que se ha efectuado a su determinación en período de ejecución de sentencia y la carencia de precisión sobre las bases que permitirían la fijación de los daños y perjuicios, que en todo caso han de ser probados, como ya se destacaba en la sentencia de primera instancia (FJ Primero, ap.4º; Vide Antecedente Segundo y FJ Preliminar, apartado 15 de esta Sentencia) y se establece en la doctrina jurisprudencial consolidada (SSTS 26 de octubre de 1981, 5 de junio de 1985, 22 de abril de 1991, 15 de junio y 20 de noviembre de 2000, 31 de enero y 10 de mayo de 2001, 7 de abril de 2003, 9 de marzo de 2005, entre muchas otras). De esta regla se han de exceptuar los daños y perjuicios que quepa demostrar son consecuencia de una gestión del establecimiento comercial de conformidad con las normas de gestión fijadas en el Pacto Séptimo del Contrato de Compromiso de Compraventa de Hipermercado, daños que no cabía fijar en la demanda ni a lo largo del litigio, y que forzosamente se habrán de determinar en ejecución de sentencia, sobre la base del cumplimiento de los concretos puntos establecidos en el mismo Pacto Séptimo.

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

**FALLAMOS**



**HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación procesal de CENTROS COMERCIALES CARREFOUR, S.A. (antes "Centros Comerciales Pryca, S.A."), que ahora ostenta el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, contra la Sentencia dictada en 17 de mayo de 2004 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería en el Recurso de Apelación nº 71/04, dimanante de los autos de Juicio de Mayor Cuantía nº 249/1997 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de El Ejido, que casamos y anulamos, dictando en su lugar otra con arreglo a los siguientes **pronunciamientos** :

**A.-** Estimamos el Recurso de Apelación interpuesto por la representación de CENTROS COMERCIALES CARREFOUR, S.A. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de El Ejido nº 2, en 25 de julio de 2003, en el Juicio de Mayor Cuantía nº 249/1997 que revocamos íntegramente.

**B.-** Desestimamos íntegramente la demanda presentada por COMERCIALES DEL PONIENTE, S.A., absolviendo de los pedimentos formulados a la demandada CENTROS COMERCIALES CARREFOUR, S.A.

**C.-** Con estimación parcial de la demanda reconvenicional formulada por la demandada CENTROS COMERCIALES CARREFOUR, S.A.,

a) Declaramos:

1º) Que CARREFOUR, por haber ejecutado en tiempo y forma el derecho de opción de compra establecido a su favor en 8 de agosto de 1996 mediante escritura autorizada por el Notario de El Ejido don Joaquín López Hernández bajo el nº 2.509 de protocolo, es propietaria de las edificaciones y fincas comprometidas, es decir las fincas sitas en El Ejido, Carretera de Almerimar, s/n, que se identifican como fincas registrales nº 67.400 y 61.281 del Registro de la Propiedad de Berja (hoy, El Ejido), quedando obligada COMERCIALES DEL PONIENTE, S.A. a cumplir la compraventa cobrando el precio de la forma pactada y elevando a pública la transmisión ya perfeccionada con la correspondiente tradición de las fincas vendidas, con advertencia de que si no hiciera todo ello será realizado por el Juez en ejecución de sentencia y a costa de COMERCIALES DEL PONIENTE, S.A..

2º.- Que las partes están obligadas a cumplir el contrato de compromiso de compraventa de establecimiento de Hipermercado en funcionamiento, compuesto y definido por el conjunto de activos materiales, inmateriales y mercaderías que se detallan en el contrato otorgado el día 8 de agosto de 1996 por lo que, en consecuencia, las partes están obligadas a llevar a término las actuaciones, comprobaciones, ponderaciones y valoraciones que se estipulan en los pactos Tercero, Cuarto y Quinto del contrato, con la advertencia de que si COMERCIALES DEL PONIENTE, S.A. no lo hiciera se mandará ejecutar a su costa en ejecución de sentencia.

3º.- Que COMERCIALES DEL PONIENTE, S.A., una vez realizadas las actuaciones, comprobaciones, ponderaciones y valoraciones estipuladas en el contrato de 8 de agosto de 1996, está obligada a transmitir y entregar a la reconviniendo los activos y mercaderías del establecimiento mercantil de Hipermercado comprometido, así como a cederle las licencias que amparan la actividad de Hipermercado y que se identifican en el propio contrato, poniendo a CENTROS COMERCIALES CARREFOUR, S.A. en la libre y pacífica posesión y dominio del establecimiento de Hipermercado, así como en la titularidad de las referidas licencias, otorgando la escritura pública de compraventa pactada y comprobando el precio que resulte de la aplicación de los pactos del contrato, todo ello con la advertencia de que si no lo hiciera se mandará cumplimentar a costa de la demandada reconvenicional, otorgando el Juez la escritura pactada en ejecución de sentencia.

4º.- Que COMERCIALES DEL PONIENTE, S.A. está obligada a indemnizar a la demandante reconvenicional de los daños y perjuicios que puedan resultar en caso de que el establecimiento mercantil (o rama de actividad) del Hipermercado comprometida no haya sido gestionado hasta su entrega a la reconviniendo de conformidad con las normas de gestión fijadas por las partes en el Pacto Séptimo de dicho contrato, daños y perjuicios que se fijarán en ejecución de sentencia.

5º.- Que por incumplimiento del contrato de compromiso de compraventa, COMERCIALES DEL PONIENTE, S.A. debe pagar el importe de la cláusula penal establecida en el Pacto Noveno de dicho contrato, todo ello en sumas que se determinarán en ejecución de sentencia.

b) Condenamos a COMERCIALES DEL PONIENTE, S.A. :

1.- A estar y pasar por las anteriores declaraciones.

2.- A elevar a pública la compraventa perfeccionada, y efectuar la tradición de las fincas sitas en El Ejido, Carretera de Almerimar, s/n., que se identifican como fincas registrales nº 67.400 y 21.281 del Registro de la Propiedad de Berja (hoy, El Ejido) cobrando el precio pactado por ellas, con la advertencia de que si no quisiere o no pudiere efectuar todo ello será realizado a su costa por el juez en periodo de ejecución de sentencia.



3.- A otorgar a favor de CARREFOUR la documentación y escrituras precisas para la venta del establecimiento mercantil (o rama de actividad) de Hipermercado comprometido en el contrato de compromiso de 8 de agosto de 1996, así como a transmitir a CARREFOUR todas las licencias contempladas en dicho contrato, efectuando todos los actos necesarios para realizar las comprobaciones, ponderaciones y valoraciones que se estipulan en los Pactos Tercero, Cuarto y Quinto del contrato, así como todos los actos necesarios para realizar la entrega a CARREFOUR, en la forma y estado pactados, de los activos materiales e inmateriales, así como stocks de mercaderías establecidos en el contrato, cobrando de CARREFOUR el precio pactado en la cuantía, forma y plazos que resultan del propio contrato, todo ello con la advertencia de que si no lo hiciere será realizado a su costa, otorgando el Juez los documentos necesarios, en ejecución de sentencia.

4.- A indemnizar a CARREFOUR de cualquier minusvalía o perjuicio que sufra el establecimiento mercantil (o rama de actividad) de Hipermercado comprometido, caso de que el mismo no haya sido gestionado, entre el día 8 de agosto de 1996 y el día en que se efectúe la entrega del establecimiento a CARREFOUR, conforme a las reglas de gestión establecidas por las partes en el Pacto Séptimo del contrato, en la cuantía que se señalará, en su caso, en ejecución de sentencia.

5.- A pagar a CARREFOUR el importe de la cláusula penal establecida en el Pacto Noveno del contrato de compromiso de fecha 8 de agosto de 1996, en cifra que se fijará en ejecución de sentencia.

**D.-** Imponemos a COMERCIALES DEL PONIENTE, S.A. las costas de la primera instancia.

**E.-** Sin especial imposición de las costas causadas en Apelación y en Casación.

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 .- **Francisco Marin Castan.- Jose Antonio Seijas Quintana.-Vicente Luis Montes Penades.- 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.