

Roj: **STS 5024/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5024**Id Cendoj: **28079110012013100568**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **14/10/2013**Nº de Recurso: **1177/2011**Nº de Resolución: **588/2013**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 2218/2011,**  
**STS 5024/2013**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a catorce de Octubre de dos mil trece.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, ha visto los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por don Nicanor y Turuchansk International, SA, representados por el Procurador de los Tribunales don Iñigo Muñoz Durán, contra la sentencia dictada el ocho de febrero de dos mil once, por la Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid, que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la que había pronunciado el Juzgado de Primera Instancia número Diecisiete de Madrid. Es parte recurrida Begar, SA, presentada por el Procurador de los Tribunales don Raúl Martínez Ostenero.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** Por escrito registrado, por el Juzgado Decano de Madrid, el día veintinueve de julio de dos mil cinco, el Procurador de los Tribunales don Iñigo Muñoz Durán, obrando en representación de don Nicanor y de Turuchansk Internacional, SA, interpuso demanda de juicio ordinario contra Begar, SA.

En el referido escrito, la representación procesal de don Nicanor y de Turuchansk Internacional, SA alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que, el cuatro de junio de dos mil cuatro, los demandantes - además de Athena Educacional Consulting, SL, la cual es hoy controlada por Begar, SA, razón por la que no fue demandante -, en la condición de titulares de las participaciones en que se dividía el capital de las sociedades del llamado grupo Athena - Athena Educacional Consulting, SL, Athena Servicios Integrales, SL, Código Móvil, SL, Studios Arklow Doc, SL y Asturiga, SA - celebraron un contrato con la demandada, Begar, SA, por el que se obligaron a transmitir a la misma el sesenta por ciento de dichas participaciones, por un precio de trescientos mil euros (300 000 €), a pagar a don Nicanor - a cambio de sus trescientas participaciones -, mil cuatrocientos setenta y cuatro euros, con nueve céntimos (1 474,9 €), a pagar a Turuchansk Internacional, SA - a cambio de sus doscientas cuarenta y cinco participaciones - y un millón de euros (1 000 000 €), a aportar a Athena Educational Consulting, SL - a cambio de las participaciones que debía crear en una ampliación de capital -.

Añadió que el precio no se fijó como definitivo, sino que quedó condicionado al resultado de un " *ajuste de fondos propios* ", entendiéndose por fondos propios ajustados " *los que determinen consensualmente los profesionales del grupo Athena y Begar, sobre la base de los estados financieros cerrados al treinta y uno de marzo de dos mil cuatro (que se adjunta como anexo II a este contrato) y que se ajustará definitivamente el treinta y uno de julio de dos mil cuatro...* ". Que también pactaron que, en el caso de que los fondos propios ajustados " *resultasen negativos, don Nicanor* , o la persona que este designe, asumirá y se hará cargo del importe íntegro de aquellos ajustes que se hayan producido en las partidas que componen el concepto de deuda



meta... ", mientras que, si resultaren "positivos, Begar aportará adicionalmente a la sociedad Athena Educational Consulting, SL, en concepto de prima de emisión complementaria a la aportada a la ampliación inicial, la cantidad necesaria para equilibrar, en la proporción que corresponda, el sesenta por ciento del capital social ".

También alegó que se convino en que, una vez producidos los ajustes referidos y se hubieran avalado o pagado las deudas, " las sociedades del grupo Athena venderán a don Nicanor o a la persona o entidad que este designe los inmuebles que actualmente son de su uso personal... que se detallan en el anexo III ". Así como que esa transmisión debía efectuarse " una vez que se hayan fijado consensualmente los fondos propios ajustados y (se) formalicen los ajustes a que se refiere la cláusula 2.2, lo que deberá producirse antes del treinta y uno de octubre de dos mil cuatro ".

Afirmó que Begar, SA realizó los ajustes contables varios meses después del tiempo en el que se había obligado y que, a mayor abundamiento, los demandantes no los aceptaron como buenos. También afirmó que la demandada no transmitió a don Nicanor los inmuebles mencionados, pese a los requerimientos efectuados.

Dijo producido un incumplimiento del contrato y, optando por su resolución, reclamó la aplicación del artículo 1124 del Código Civil .

Con esos antecedentes, en el suplico de la demanda, la representación procesal de don Nicanor y de Turuchansk Internacional, SA interesó del Juzgado de Primera Instancia competente una sentencia que declarase " la resolución del contrato en los términos previstos en el artículo 1124 del Código Civil y, todo ello, con expresa imposición de costas ".

**SEGUNDO.** La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia número Diecisiete de Madrid, que la admitió a trámite por auto de treinta de septiembre de dos mil cinco , conforme a las reglas del juicio ordinario, con el número 1204/2005.

Begar, SA fue emplazada y se personó en las actuaciones, representada por la Procurador de los Tribunales doña Ana Barallat López, la cual, en desempeño de tal representación, contestó la demanda.

En el escrito de contestación, la representación procesal de Begar, SA alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que había interpuesto por su lado otra demanda contra don Nicanor y Turuchansk Internacional, SA y pedido la acumulación de los dos procesos.

Añadió que, por el contrato de toma de participación, adquiriría el sesenta por ciento de las participaciones de las sociedades del grupo Athena, formado por sociedades dedicadas a la prestación de servicios de seguridad privada, por medio de una ampliación del capital de una de ellas, con renuncia de los demandantes a la adquisición preferente. Que, dos de las sociedades - Athena y Studios Arklow - estaban incursas en causa de disolución y todas tenían importantes deudas con la Administración, de modo que a don Nicanor le interesaba un socio que aportase dinero. Que, a consecuencia del contrato ella pasó a controlar el sesenta por ciento del capital de las sociedades, quedándole a don Nicanor el cuarenta por ciento restante. Que, por su parte, pagó a don Nicanor los trescientos mil euros (300 000 €) pactados y aportó el millón euros (1 000 000 €) al capital de Athena, conforme a lo convenido. Que, además, el grupo de sociedades celebró, con don Nicanor , un contrato de prestación de servicios, con una retribución mensual de ciento cuarenta y cuatro mil quinientos euros (144 500 €).

Que quienes habían incurrido en incumplimientos fueron los demandantes, lo que le había producido a ella unos daños de dos millones seiscientos ochenta y cinco mil cuatrocientos cincuenta y un euros, con cuarenta y siete céntimos (2 685 451,47 €).

Que, en definitiva, faltaban los presupuestos para la resolución del contrato pretendida por los demandantes, ya que ellos fueron los incumplidores, al falsear los estados financieros y negarse a asumir y regularizar los denominados fondos propios ajustados.

Por otro lado, afirmó que ella había cumplido la obligación de fijar esos fondos propios ajustados, como demostraba el informe pericial que aportaba, como documento número 10. Así como que era improcedente que tuviera que transmitir los inmuebles a don Nicanor mientras el mismo no cumpliera por su parte el contrato, razón por la que oponía la excepción de contrato incumplido. En último caso, reclamó la concesión de un término de gracia.

Subsidiariamente, interesó que se tomara en consideración que la resolución no debía operar retroactivamente, al tratarse de relaciones contractuales duraderas. Y que, además, deberían serles devueltas las cantidades desembolsadas con causa en el contrato.

Con esos antecedentes, la representación procesal de Begar, SA interesó del Juzgado de Primera Instancia número Diecisiete de Madrid una sentencia que " desestime todos los pedimentos contenidos en el suplico



de la demanda, haciendo expresa imposición a don Nicanor y de Turuchansk Internacional, SA de las costas causadas".

**TERCERO.** Por escrito registrado por el Juzgado Decano de Madrid el veinte de octubre de dos mil cinco, la Procurador de los Tribunales doña Ana Barallat López, obrando en representación de Begar, SA, interpuso demanda de juicio ordinario contra don Nicanor y Turuchansk Internacional, SA.

En dicha demanda, la representación procesal de Begar, SA, tras unas referencias generales sobre el objeto del proceso y el contenido del contrato que le vinculaba a los demandados, alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que don Nicanor había actuado con dolo incidental al contratar y, además, incurrido en incumplimientos en el desarrollo de la relación, ya que emitió unas declaraciones falsas en relación con la partida de existencias de las sociedades, reflejada en los estados financieros, las cuales realmente no existían, con la consecuencia de que ella hubiera sufrido daños por dos millones seiscientos ochenta y cinco mil cuatrocientos cincuenta y un euros, con cuarenta y siete céntimos (2 685 451,47 €), a causa de las existencias imaginarias. Que, además, efectuadas las comprobaciones conforme a los criterios pactados, los recursos de las sociedades del grupo habían resultado negativos, al existir una deuda de un millón sesenta y un mil setecientos catorce euros, con treinta y dos céntimos (1 061 714,32 €), a la que por su parte había tenido que hacer frente. Que, por otro lado, tuvo que efectuar otra aportación de un millón de euros (1 000 000 €), la cual no fue bastante para evitar la causa de disolución social concurrente.

También alegó, que, como consecuencia de ello, se vio obligada a efectuar aportaciones adicionales - de tres millones ciento treinta mil euros (3 130 000 €), primero, y de cuatrocientos mil euros (400 000 €) más, después -.

Que, en resumen, contrató con los demandados en la confianza generada por ellos de que con los importes fijados en los estados financieros garantizados sacaría a las sociedades Athena y Studios Arklow de la causa de disolución en que se hallaban, pero que, realmente, los demandados falsearon los estados financieros sobre los que prestó su consentimiento, declarando la realidad de una partida de existencias de dos millones seiscientos ochenta y cinco mil cuatrocientos cincuenta y un euros con cuarenta y siete céntimos (2 685 451,47 €). Que, además, los demandados se habían negado a asumir la deuda de un millón sesenta y un mil setecientos catorce euros, con treinta dos céntimos (1 061 714,32 €) en que se fijaron los fondos propios de acuerdo con lo pactado. Que esas falsedades forzaron a Begar, SA a establecer un equilibrio de las sociedades del grupo Athena entre capital y patrimonio, con el desembolso de cuatro millones trescientos noventa y nueve mil doscientos euros (4 399 200 €) y otras aportaciones de tres millones ciento treinta mil euros (3 130 000 €), muy superior a la de quinientos mil (500 000 €) a que se había obligado inicialmente.

Tras alegar que por su parte había cumplido las obligaciones asumidas y quienes no lo habían hecho eran los demandados, la representación procesal de Begar, SA interesó del Juzgado de Primera Instancia competente una sentencia que " *estimando íntegramente la demanda: 1.- Declare que los estados financieros cerrados a treinta y uno de marzo de dos mil cuatro, que se incluyeron en el anexo II del contrato de toma de participación de cuatro de junio de dos mil cuatro y que sirvieron de base a la adquisición por parte de Begar, SA del sesenta por ciento del capital social de grupo Athena no son completos, ni precisos ni fieles y que no han sido elaborados y formulados de conformidad con las normas y principios contables generalmente aceptados en España. 2.- Se declare que los fondos propios ajustados en términos de lo dispuesto por la cláusula 2.2 del contrato de toma de participación de cuatro de junio de dos mil cuatro, se determinan en la cifra de un millón sesenta y un mil setecientos catorce euros, con treinta dos céntimos (1 061 714,32 €). 3.- Se declare el derecho de Begar, SA a ser resarcida como consecuencia del incumplimiento del contrato de toma de participación de cuatro de junio de dos mil cuatro por Turuchansk Internacional, SA y don Nicanor y por la existencia de vicios y defectos de las participaciones del Grupo Athena objeto del citado contrato. 4.- Se declare que los inmuebles a los que se refiere el contrato de toma de participación de cuatro de junio de dos mil cuatro, garantizan el cumplimiento de las obligaciones asumidas por Turuchansk Internacional, SA y don Nicanor y no han de ser transmitidos a don Nicanor - o la persona o entidad que éste designe -, salvo que Turuchansk Internacional, SA y don Nicanor cumplan previamente sus obligaciones contractuales. 5.- Se declare, con fundamento en la anterior declaración que, en el caso de que Turuchansk Internacional, SA y don Nicanor no satisfagan las cantidades que adeudan a Begar, SA, en virtud del contrato de toma de participación de cuatro de junio de dos mil cuatro, Begar, SA podrá resarcirse de dichos importes con cargo a los inmuebles a los que se refiere ese contrato. 6.- Se condene a Turuchansk Internacional, SA y don Nicanor a abonar a Begar, SA las cantidades que, en concepto de existencias, se contabilizaron en los estados financieros cerrados a treinta y uno de marzo de dos mil cuatro, que se incluyeron como anexo II del contrato de toma de participación de cuatro de junio de dos mil cuatro, que ascienden a la cantidad de dos millones seiscientos ochenta y cinco mil cuatrocientos cincuenta y un euros, con cuarenta y siete céntimos. 7.- Se condene a Turuchansk Internacional, SA y don Nicanor a asumir frente a Begar, SA la suma de un millón sesenta y un mil setecientos catorce euros con treinta y dos céntimos (1 061 714,32 €), en la que, de conformidad con la cláusula 2.2 del contrato de toma de participación de cuatro de junio de dos mil*



*cuatro, se determinan los fondos propios ajustados. 8.- Se condene a los demandados al pago de las costas de este procedimiento ".*

**CUARTO.** La mencionada demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia número Sesenta y nueve de Madrid, que la admitió a trámite, por auto de tres de noviembre de dos mil cinco, conforme a las normas del juicio ordinario, con el número 1304/2005.

Los demandados don Nicanor y Turuchansk Internacional, SA fueron emplazados y se personaron en la actuaciones representados por el Procurador de los Tribunales don Iñigo Muñoz Durán, el cual contestó la demanda, en ejercicio de su representación.

En el escrito de contestación, la representación procesal de don Nicanor y de Turuchansk Internacional, SA alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que a Begar le había interesado quedarse con una empresa líder en el mercado de la seguridad. Que, por ello, sabiendo de las necesidades de tesorería del grupo Athena, hizo creer a los propietarios que podrían, con su ayuda, salir de la situación en que se hallaban. Que, realmente, lo que le interesaba a Begar, SA era quedarse con una cartera de clientes y que don Nicanor siguiera en la empresa, ya que era un conocedor del mercado. Se refirió a los antecedentes, respecto de las sociedades del grupo, así como al contenido del contrato y a su sentido.

Con esos datos reclamó la suspensión del procedimiento por prejudicialidad civil, en aplicación del artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en el suplico del escrito interesó del Juzgado de Primera Instancia número Sesenta y nueve de Madrid, subsidiariamente, una sentencia *"desestimatoria de la demanda interpuesta, con imposición de las costas por su patente temeridad y mala fe ".*

**QUINTO.** Por resolución de treinta y uno de octubre de dos mil seis, los dos procesos fueron acumulados, continuando la tramitación conjunta el Juzgado de Primera Instancia número Diecisiete de Madrid, que tramitaba el más antiguo - esto es, el número 1204/2005 -. Dicho Juzgado, celebrados los actos de audiencia previa y del juicio, practicada la prueba que, propuesta, había sido admitida, dictó sentencia con fecha veintitrés de octubre de dos mil siete, con la siguiente parte dispositiva: *" Fallo. Desestimo la demanda presentada por don Nicanor y Turuchansk Internacional, SA, contra Begar, SA, con imposición a dichos demandantes de las costas causadas por su demanda. Y estimo en parte la demanda presentada por Begar, SA contra don Nicanor y Turuchansk Internacional, SA y, en consecuencia: 1.- Declaro que los estados financieros cerrados a treinta y uno de marzo de dos mil cuatro, unidos como anexo II al contrato de cuatro de junio de dos mil cuatro, no son completos ni precisos ni fieles y, en consecuencia, no han sido formulados de acuerdo con las normas y principios contables generalmente aceptados en España. 2.- Declaro que los fondos propios ajustados, en los términos de lo dispuesto por la cláusula 2.2 del contrato de cuatro de junio de dos mil cuatro, se determinan en la cantidad de un millón sesenta y un mil setecientos catorce euros, con treinta dos céntimos (1 061 714,32 €). 3.- Declaro el derecho de Begar, SA a ser resarcida de los daños y perjuicios causados por incumplimiento del contrato de cuatro de junio de dos mil cuatro y por la existencia de vicio oculto apreciado, condenando a los demandados a que paguen a la actora la cantidad que figuró en concepto de existencias en los estados financieros cerrados a treinta y uno de marzo de dos mil cuatro, por importe de dos millones seiscientos ochenta y cinco mil cuatrocientos cincuenta y un euros, con cuarenta y siete céntimos (2 685 451,47 €). Y les condeno igualmente a asumir frente a Begar, SA que los fondos propios ajustados se determinan, conforme a la cláusula 2.2 del contrato de cuatro de junio de dos mil cuatro, en la cantidad de menos un millón sesenta y un mil setecientos catorce euros con treinta y dos céntimos (-1 061 714,32 €). 4.- Estimo parcialmente el punto cuatro de la petición de la demanda de Begar, SA, declarando que los inmuebles a que se refiere el contrato de cuatro de junio de dos mil cuatro garantizar el cumplimiento de los ajustes acordados hasta la fijación del valor del Grupo Athena conforme a la cláusula 2.2 del contrato. Y declaro que tales inmuebles no han de ser transmitidos a los demandados, salvo que éstos cumplan antes sus obligaciones consistentes en los ajustes previstos en la cláusula 2.2 del contrato. 5.- Desestimo el punto 5 de la petición de la demanda de Begar, SA. Desestimo la demanda en lo demás. No se hace imposición de costas respecto de la demanda presentada por Begar, SA ".*

**SEXTO.** Las representaciones procesales de las dos partes litigantes recurrieron en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número Diecisiete de Madrid.

Las actuaciones se elevaron a la Audiencia Provincial de Madrid, en la que se turnaron a la Sección Vigésimoprimera de la misma, que tramitó el recurso de apelación, con el número 727/2008, y dictó sentencia con fecha ocho de febrero de dos mil once, con la siguiente parte dispositiva: *" Fallamos. Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Nicanor y Turuchansk Internacional, SA contra la sentencia que con fecha veintitrés de octubre de dos mil siete pronunció la Ilma. Sra. Magistrado Juez de Primera Instancia número diecisiete de Madrid, y estimando el recurso de apelación formulado contra dicha resolución pro Begar, SA debemos revocar y revocamos en parte la sentencia apelada, exclusivamente en la segunda parte de su pronunciamiento número cuatro para declarar en su lugar que tales inmuebles no han de ser transmitidos a*





los demandados salvo que cumplan previamente sus obligaciones contractuales, con la íntegra confirmación de los demás extremos de la sentencia apelada; con imposición a los apelantes don Nicanor y Turuchansk International, SA de las costas de su recurso de apelación, y sin especial imposición de las costas del recurso de apelación formulado por Begar, SA " .

**SÉPTIMO.** La representación procesal de don Nicanor y Turuchansk International, SA preparó e interpuso recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación contra la sentencia de la Sección Vigésimoprimer de la Audiencia Provincial de Madrid, recaída en el rollo número 727/2008, con fecha ocho de febrero de dos mil once .

Las actuaciones se elevaron a la Sala Primera del Tribunal Supremo, la cual, por auto de doce de febrero de dos mil trece , decidió: " 1º.- No admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de don Nicanor y Turuchansk International, SA, contra la sentencia dictada el ocho de febrero de dos mil once, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésimoprimer), en el rollo de apelación número 727/2008 , dimanante del juicio ordinario número 1204/2005 del Juzgado de Primera Instancia número Diecisiete de Madrid. 4.- Admitir el recurso de casación formulado por la misma parte litigante contra la indicada sentencia " .

**OCTAVO.** El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Nicanor y Turuchansk International, SA, contra la sentencia de la Sección Vigésimoprimer de la Audiencia Provincial de Madrid, rollo número 727/2008, de ocho de febrero de dos mil once , único admitido, se compone de siete motivos, en los que los recurrentes, con apoyo en las norma segunda del apartado 2 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , denuncia:

**PRIMERO** . La infracción de los artículos 1101 , 1102 , 1103 , 1104 , 1106 y 1107 del Código Civil y de la jurisprudencia que los interpreta.

**SEGUNDO** . La infracción de los artículos 1281 a 1289 del Código Civil y de la jurisprudencia que los interpreta.

**TERCERO** . La infracción de los artículos 1478 , 1486 , 1488 y 1490 del Código Civil y de la jurisprudencia que los interpreta.

**CUARTO** . La infracción del artículo 1902 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta.

**QUINTO** . La infracción de los artículos 1445 , 1446 , 1447 , 1448 , 1449 , 1450 , 1452 , 1461 , 1462 , 1463 , 1468 y 1472 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta.

**SEXTO** . La infracción de los artículos 1091 , 1098 y 1100 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta.

**SÉPTIMO** . La infracción de los artículos 1254 , 1255 , 1256 y 1258 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta.

**NOVENO.** Evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador don Raúl Martínez Ostenero, en nombre y representación de Begar, SA, impugnó el recurso, solicitando se declarase no haber lugar al mismo.

**DÉCIMO.** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló como día para votación y fallo del recurso el diecinueve de septiembre de dos mil trece, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Resumen de los antecedentes.

I. Se ha considerado probado en las instancias que, el cuatro de junio de dos mil cuatro, los demandantes, don Nicanor y Turuchansk Internacional, SA, en la condición de titulares de las participaciones en que se dividía el capital de cinco sociedades del llamado grupo Athena - Athena Educacional Consulting, SL, Athena Servicios Integrales, SL, Código Móvil, SL, Studios Arklow Doc, SL y Asturiga, SA -, celebraron con la demandada, Begar, SA, un contrato denominado " *acuerdo de participación en el grupo Athena* ", por el que quedaron obligados a transmitir a ésta el sesenta por ciento de dichas participaciones, por un " *precio o valor inicial* " resultante de sumar a los trescientos mil euros (300 000 €) a que tenía derecho don Nicanor , por sus trescientas participaciones, los mil cuatrocientos setenta y cuatro euros, con nueve céntimos (1 474,9 €), a pagar a Turuchansk Internacional, SA por sus doscientas cuarenta y cinco participaciones, y el millón de euros (1 000 000 €) a aportar a Athena Educacional Consulting, SL por determinado número de participaciones que se deberían crear con una ampliación de capital.



El mencionado precio, sin embargo, no se fijó de modo definitivo, sino que quedó condicionado al resultado de un "ajuste de fondos propios", entendiéndose por fondos propios ajustados "los que determinen consensualmente los profesionales del grupo Athena y Begar, sobre la base de los estados financieros cerrados al treinta y uno de marzo de dos mil cuatro (que se adjunta como anexo II a este contrato) y que se ajustará definitivamente el treinta y uno de julio de dos mil cuatro..." - según la cláusula 2.2 -.

En efecto, pactaron las partes que si los fondos propios ajustados "resultasen negativos, don Nicanor, o la persona que este designe, asumirá y se hará cargo del importe íntegro de aquellos ajustes que se hayan producido en las partidas que componen el concepto de deuda neta...". Mientras que, en el caso de "que resulten positivos, Begar aportará adicionalmente a la sociedad Athena Educational Consulting, SL, en concepto de prima de emisión complementaria a la aportada a la ampliación inicial, la cantidad necesaria para equilibrar, en la proporción que corresponda, el sesenta por ciento del capital social".

También consintieron los contratantes en que, una vez producidos los ajustes referidos y avaladas o pagadas las deudas, "las sociedades del grupo Athena venderán a don Nicanor, o a la persona o entidad que este designe, los inmuebles que actualmente son de su uso personal... que se detallan en el anexo III". Esta transmisión debería efectuarse "una vez que se hayan fijado consensualmente los fondos propios ajustados y (se) formalicen los ajustes a que se refiere la cláusula 2.2, lo que deberá producirse antes del treinta y uno de octubre de dos mil cuatro" - según la cláusula 3.1 del contrato -.

Por otro lado, acordaron que el grupo Athena "suscribirá con don Nicanor un contrato mercantil de prestación de servicios como director general, con dedicación exclusiva, durante un periodo mínimo de cinco años, prorrogables en idénticos periodos, siendo responsable de la dirección comercial... con una retribución anual de ciento cuarenta y cuatro mil quinientos euros (144 500 €), más el impuesto sobre el valor añadido...".

A los efectos previstos en el contrato efectivamente celebrado, las dos partes definieron los "vicios o defectos ocultos" en él mencionados - cláusula 6.3 -, entendiéndose por tales "cualquier error o falsedad en la parte expositiva, la cláusula quinta o los anexos del contrato".

II. En la demanda rectora del juicio ordinario número 1204/2005 - uno de los dos acumulados -, don Nicanor y Turuchansk International, SA alegaron que Begar, SA no había realizado los ajustes contables precisos para determinar el precio definitivo de transmisión de las participaciones, pese a haber sido requerida para ello. Y que, consiguientemente, no había transmitido, al primero, los inmuebles mencionados en la cláusula 3.1 del contrato.

Por razón de esos incumplimientos, pretendieron dichos demandantes la resolución de la relación contractual, en aplicación de la norma del artículo 1124 del Código Civil.

III. En la demanda rectora del juicio ordinario número 1302/2005 - acumulado al anterior - Begar, SA, tras negar los incumplimientos que se le atribuían, alegó que don Nicanor y Turuchansk International, SA habían actuado dolosamente tanto al afirmar, en el contrato, la realidad de unas partidas de bienes inexistentes y puramente imaginarias, como al ocultar la verdadera situación económica de las sociedades del grupo Athena, causa de los cuantiosos daños patrimoniales por ella sufridos.

Con esos antecedentes, Begar, SA atribuyó la condición de incumplidores a los otros contratantes y pretendió, además de la declaración de los pasivos ocultos descubiertos y de los activos inexistentes, la condena de don Nicanor y Turuchansk International, SA a cubrir aquellos y a indemnizarle en los daños sufridos.

Respecto de los inmuebles, Begar, SA interesó la declaración de que no debía por el momento transmitirlos, conforme a lo pactado, porque constituían la garantía de la efectividad de las responsabilidades de los demandados.

III. En las dos instancias fue desestimada la demanda de don Nicanor y Turuchansk International, SA, dada su condición de primeros incumplidores y la falta de legitimación para el ejercicio de la acción resolutoria a consecuencia de ello.

Por el contrario, fue estimada la demanda de Begar, SA, cuyos derechos de crédito, al precio pendiente de pago una vez determinado y a los daños y perjuicios sufridos, quedaron declarados.

Contra la sentencia de segundo grado interpusieron don Nicanor y Turuchansk International, SA recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, de los cuales sólo fue este último admitido.

## **SEGUNDO. Enunciado y fundamentos del primero de los motivos y razones de su desestimación.**

I. En el primero de los motivos denuncian don Nicanor y Turuchansk International, SA la infracción de los artículos 1101, 1102, 1103, 1104, 1106 y 1107 del Código Civil y de la jurisprudencia que los interpreta, en relación con la indemnización de daños y perjuicios y la compensación de culpas.



Alegan los recurrentes que Begar, SA no había sufrido los perjuicios que se habían declarado probados en la sentencia de apelación, de tal manera que la condena que les había sido impuesta a su indemnización daría lugar a un enriquecimiento sin causa de dicha sociedad.

Añaden que, en último caso, los llamados vicios ocultos no eran tales, de modo que, de haber actuado diligentemente, Begar, SA debería haberlos conocido al contratar, con la consecuencia de ser procedente una moderación de sus responsabilidades.

II. El motivo se desestima pues, al margen de la deficiente identificación que en él se hace de las normas supuestamente violentadas - de contenido heterogéneo y no siempre relacionado con la cuestión -, los recurrentes incurrían en él en una petición de principio.

Hay que recordar que el recurso de casación no abre una tercera instancia, pues no permite discutir la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de apelación - sobre ello, sentencia 797/2011, de 18 de noviembre -. Antes bien - como precisaron, entre otras muchas, las sentencias 532/2008, de 18 de julio , 142/2010, de 22 de marzo , y 153/2.010, de 16 de marzo -, cumple el recurso la función de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento sustantivo a la cuestión de hecho, pero no a la reconstruida por la parte recurrente, sino a la que se hubiera declarado probada en la sentencia recurrida, como resultado de la valoración, por el Tribunal que la dictó, de los medios de prueba practicados.

Se impone a los recurrentes, en consecuencia, respetar los hechos declarados probados por el Tribunal de apelación, cosa que no hacen en este motivo don Nicanor y Turuchansk International, SA, al negar el supuesto de hecho declarado probado, en el que se asientan las impugnadas condenas, y construir el motivo sobre otro distinto, procesalmente inexacto.

### **TERCERO. Enunciado y fundamentos del segundo de los motivos y razones de su desestimación.**

I. En el segundo motivo, don Nicanor y Turuchansk International, SA denuncian la infracción de los artículos 1281 a 1289 del Código Civil y de la jurisprudencia que los interpreta.

Alegan los recurrentes que el Tribunal de apelación no había tenido en cuenta que quienes lo perfeccionaron habían señalado en el contrato una fecha máxima para realizar el ajuste de los fondos propios, la cual no había sido respetada por Begar, SA.

Añaden que el citado Tribunal se remitió, al respecto, a lo declarado en la sentencia de primera instancia, que había calificado dicho plazo como no esencial, a la vez que admitido su ampliación por lo acordado en junta general de una de las sociedades afectadas.

II. En numerosas ocasiones hemos destacado - así, en las sentencias 639/2010, de 18 de octubre , 101/2012, de 7 de marzo , y 118/2012, de 13 de marzo - que los artículos del Código Civil y del Código de Comercio relativos a la interpretación de los contratos contienen verdaderas normas jurídicas de las que debe el intérprete hacer uso, razón por la que la infracción de las mismas permite el acceso a la casación por la vía que abre el artículo 477, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil . De modo que el control de dicha interpretación es, en este extraordinario recurso, sólo de legalidad, lo que se traduce en que quede fuera del ámbito del mismo la corrección de una interpretación que resulte respetuosa con los imperativos que disciplinan la labor del intérprete, aunque no sea la única admisible - lo expuesto es consecuencia de que la interpretación constituya competencia de los Tribunales de instancia, no de esta Sala de casación, insistimos, salvo que se haya producido la infracción normativa que habilite la revisión -.

Ello sentado, el motivo se desestima porque, además de adolecer de una insuficiente determinación de la norma o normas que hubieran podido ser infringidas, la calificación del plazo no es contraria a ninguno de los cánones que se dicen desconocidos o mal aplicados por el Tribunal de apelación - lo cuales, por cierto, podrían ser, según el recurso, cualquiera de los establecidos en el conjunto de preceptos que en el Código Civil se refieren a la materia -, a la vista de las cláusulas contractuales y de las circunstancias concurrentes.

### **CUARTO. Enunciado y fundamentos del tercero de los motivos y razones de su desestimación.**

I. En este motivo don Nicanor y Turuchansk International, SA denuncian la infracción de los artículos 1478 , 1486 , 1488 y 1490 del Código Civil y de la jurisprudencia que los interpreta.

Alegan los recurrentes que, realmente, las participaciones no tenían vicio oculto alguno, ya que sólo se pactó una determinación de su precio en función de los estados financieros cerrados el treinta y uno de marzo de dos mil cuatro, pendiente de la definitiva fijación al vencer el plazo.

Añaden que sólo cabe hablar de vicio oculto cuando la cosa vendida adolece de un defecto no manifiesto, por lo que niegan la realidad de los declarados en la sentencia recurrida y, en último término, que puedan ser considerados ocultos, en cuanto susceptibles de haber sido conocidos con una mínima diligencia.



II. El motivo se desestima porque, además de discutirse en él la valoración de la prueba pericial que llevó a los Tribunales de las dos instancias a declarar la realidad de pasivos ocultos y la inexistencia de alguno de los activos, se apoya en una normas - las reguladoras del saneamiento por evicción y por defectos ocultos en la compraventa - que nada tienen que ver con la cuestión debatida, en la que se trata de saber si se dieron los supuestos contractualmente previstos, con ese nombre de " *vicios ocultos* ", para hacer responsables a los transmitentes por el " *descubrimiento de cualquier hecho o circunstancia anterior a la entrada del nuevo socio en el capital social del grupo Athena que afecte o pudiera afectar a la operación y debiera haber sido razonablemente revelada por los actuales propietarios...* ", así como por " *cualquier error o falsedad en la parte expositiva, la cláusula quinta o los anexos de este contrato* ".

El hecho de que los términos utilizados por los contratantes coincidan con los empleados por el legislador en alguna de las normas citadas en el enunciado del motivo no implica que éstas debieran haber sido aplicadas.

**QUINTO. Enunciado y fundamentos del cuarto, quinto, sexto y séptimo de los motivos y razones de su desestimación.**

I.A. En el motivo cuarto, don Nicanor y Turuchansk International, SA denuncian la infracción del artículo 1902 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta.

Alegan que, al contratar, actuaron de buena fe y no dolosamente, pues no ocultaron dato alguno a los adquirentes de las participaciones.

I.B. El motivo se desestima porque el artículo 1902 no fue aplicado por el Tribunal de apelación ni debía serlo, al haber nacido de un contrato la litigiosa relación jurídica entre las partes.

II.A. En el motivo quinto los recurrentes denuncian la violación de los artículos 1445 , 1446 , 1447 , 1448 , 1449 , 1450 , 1452 , 1461 , 1462 , 1463 , 1468 y 1472 del Código Civil y de la jurisprudencia que los interpreta.

Alegan - con específico apoyo en la norma del artículo 1449 - que es de esencia a la venta que la determinación del precio no quede al arbitrio de uno de los contratantes y añaden que eso es lo que había acontecido en el caso, al haber dado valor el Tribunal de apelación a la prueba pericial aportada por Begar, SA.

Por lo demás, afirman - con apoyo en las otras normas indicadas en el enunciado - que habían cumplido todas las obligaciones pactadas a su cargo.

II.B. El motivo se desestima, pues, en su primera parte, desconoce que el procedimiento de determinación del precio fue establecido por las dos partes en el contrato y lo que hizo el Tribunal de apelación es declarar bien desarrolladas las reglas negociales por Begar, SA.

En la segunda parte del motivo incurrir los recurrentes, de nuevo, en una petición de principio, en la medida en que prescinden del supuesto de hecho declarado probado en la sentencia recurrida y parten en su argumentación de otro distinto, al que vinculan unas consecuencias jurídicas que, por ello, no cabe aceptar.

III.A y B. El motivo sexto, en el que se denuncia la infracción de los artículos 1091 , 1098 y 1100 del Código Civil , aparece enunciado junto con el anterior, pero carece de un desarrollo independiente.

Lo desestimamos por las mismas razones por las que hemos tomado una decisión igual respecto del motivo quinto.

IV.A. En el motivo séptimo don Nicanor y Turuchansk International, SA denuncian la infracción de los artículos 1254 , 1255 , 1256 y 1258 del Código Civil y de la jurisprudencia que los interpreta.

Alegan que el principio de libertad contractual se completa con la atribución de una fuerza vinculante a la reglamentación comercial creada. Y, al fin, que esta regla había sido infringida por el Tribunal de apelación al condenarles a indemnizar a Begar, SA.

II.B. Otra vez incurrir los recurrentes en una petición de principio, pues prescinden de los hechos declarados probados, cual si el recurso de casación les permitiera debatir de nuevo sobre los aspectos fácticos del conflicto y abriera una nueva instancia.

Por ello el motivo es desestimado.

**QUINTO. Régimen de las costas.**

Las costas del recurso de casación que desestimamos quedan a cargo de los recurrentes, en aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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





## FALLAMOS

Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Nicanor y Turuchansk International, SA, contra la Sentencia dictada, con fecha ocho de febrero de dos mil once, por la Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid .

Las costas del recurso que desestimamos quedan a cargo de los recurrentes.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.-Ignacio Sancho Gargallo.-Rafael Saraza Jimena.-Sebastian Sastre Papiol.- Firmado y rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENTRAL