

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Gabriel GARCÍA CANTERO, Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Sara MARTÍN SALAMANCA, Gemma MINERO ALEJANDRE, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA.**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Doble venta: prescripción de acción personal: computo del plazo (arts. 1964 y 1969 CC).–En los supuestos en los que interviene la mala fe o el dolo de una de las partes de la relación jurídica, por ejemplo en el fraude de acreedores o en la doble venta, la posibilidad del ejercicio de la acción y, con ella, el cómputo para su ejercicio, no debe ser otro que el momento en que la víctima tuvo conocimiento de la lesión de su derecho o debió tenerlo por exigencia de una diligencia básica o por hechos claros e inequívocos.

Protección registral y buena fe.–Reiterada doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo mantiene que la protección registral no resulta aplicable cuando la ignorancia o desconocimiento, ya de la inexactitud del Registro, o bien de los vicios o defectos que afecten a la titularidad del propietario, es

imputable a la mala fe o negligencia del adquirente que conoció o debió conocer dicha irregularidad ante hechos o indicios claros, manifiestos o inequívocos al respecto (en este sentido, entre otras, SSTS de 25 octubre de 1999, 8 marzo de 2001 y 11 octubre de 2006). (STS de 11 de diciembre de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Las demandantes interponen una demanda, ejercitando una acción declarativa de dominio y solicitando que los demandados sean condenados a abonarles la suma de 324.000 euros, importe en el que cifran el valor actual de la finca litigiosa que no reivindican al entender que está en posesión de unos terceros de buena fe. Alegan que dicha finca litigiosa fue adquirida, en abril 1983, por Francisco (marido y padre, respectivamente, de las demandantes) para su sociedad de gananciales, siendo los vendedores Dionisio y su esposa Eulalia (hermana del comprador). La citada compraventa no accedió al Registro, comprobándose posteriormente que los vendedores procedieron a vendérsela a Conrado y su esposa mediante escritura pública en octubre de 1986 que sí se inscribió en el Registro de la Propiedad. Dicha finca fue objeto de otras dos compraventas posteriores que también fueron inscritas en el Registro.

A la pretensión de la parte actora se opone la demandada Eulalia, considerando que la compraventa realizada en 1983 a favor de su hermano fue simulada al no haberse entregado el precio, encontrándose en todo caso prescrita la acción por haber transcurrido más de quince años. La parte demandada formula reconvencción y solicita que se declare la nulidad de la escritura pública inicial de compraventa que no fue inscrita en el Registro.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima la reconvencción. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación, revocando la sentencia de primera instancia en lo referente a la estimación de la reconvencción. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto, casa la sentencia recurrida y devuelve las actuaciones a la Audiencia Provincial para que, una vez rechazada la prescripción de la acción ejercitada en la demanda, dicte sentencia sobre el resto de cuestiones objeto del litigio.

NOTA.—El Tribunal Supremo no entra en el fondo de la cuestión litigiosa y se limita a casar la sentencia y a ordenar a la Audiencia Provincial que juzgue, como tribunal de instancia, todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del proceso, no pudiendo apreciar la prescripción de la acción ejercitada en la demanda (esta solución ya se adoptó por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de abril de 2009). (M. J. P. G.)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Libertad de información frente al derecho al honor y a la intimidad. Ponderación.—La libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información, porque comprende la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo.

Sin embargo, la libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos (SSTC 104/1986 y 139/2007). Cuando concurren en un mismo texto elementos informativos y valorativos es necesario separarlos, y sólo cuando sea imposible hacerlo habrá de atenderse al elemento preponderante (SSTC 107/1988, 105/1990 y 172/1990). El derecho al honor protege frente a atentados en la reputación personal entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos, e impide la difusión de expresiones insultantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquella (SSTC 14/2003 y 216/2006). El conflicto entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación. Ello exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión: i) la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre; ii) la libertad de expresión comprende la crítica de la conducta de otros, aunque sea desabrida y pueda molestar, pues así lo exigen también los principios que conforman la sociedad democrática. En segundo término, la técnica de ponderación debe valorar el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión, teniendo en cuenta que: i) la relevancia pública o interés general de la noticia cuando la persona sobre la que versan ejerce un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública puede justificar la prevalencia del derecho a la libertad de información y expresión cuando las noticias o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado; ii) la transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un carácter injurioso, denigrante o desproporcionado, porque la CE no reconoce un derecho al insulto (SSTC 112/2000, 99/2002, 181/2006, entre otras), pero el requisito de la proporcionalidad no obliga a prescindir de la concisión propia de los titulares periodísticos o del resto de particulares propias del lenguaje informativo oral o escrito, salvo cuando, más allá de esas necesidades de concisión, se contengan expresiones que, sin conexión directa con el resto de la narración, sean susceptibles de crear dudas específicas sobre la honorabilidad de las personas; iii) se debe tener en cuenta si la publicación de los datos de la vida privada está justificada por los usos sociales, o hay base para sostener que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permitan entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente de su carácter privado o doméstico (STS de 6 de noviembre de 2003). (**STS de 27 de diciembre de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don Iván formuló demanda de protección de su derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen frente a Diario C, por las manifestaciones efectuadas en un artículo publicado en la revista dominical de este diario, con el título «*Un novio freudiano para M*», en el que se hacían comentarios e insinuaciones sobre su personalidad, infancia y condición sexual así como acusaciones respecto a una supuesta agresión a una de sus empleadas, los cuales, según afirmaba, además de ser injuriosos y vejatorios, no se ajustaban a la verdad.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 30 de Barcelona de 19 de mayo de 2009 desestima la demanda. Se funda en las siguientes apreciaciones: i) es innegable la proyección pública del demandante, siendo la relación mantenida con la famosa actriz M lo que le ha convertido en protagonista de informaciones de los medios de comunicación; ii) el contenido del artículo publicado se refiere a aspectos de la vida conyugal del demandante que él mismo ha hecho públicos; iii) no se han utilizado términos innecesarios o efectuado afirmaciones o insinuaciones injuriosas; iv) no cabe entender que lo publicado exceda de los límites del reportaje neutral, pues no ofrece ninguna información nueva, sino un resumen de informaciones ya publicadas anteriormente.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17.^a, de 7 de octubre de 2010 desestima el recurso de apelación interpuesto por el actor y confirma la sentencia impugnada. Contra dicha sentencia, el demandante interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación, por entender que, frente a la intromisión en el derecho al honor y a la intimidad personal del demandante, atendidas las circunstancias del caso, debe prevalecer la libertad de información y de expresión. Entre los argumentos utilizados por el Alto Tribunal podemos destacar los siguientes: i) el demandante puede ser considerado como una persona con proyección pública, cuya celebridad y conocimiento público no derivan del ejercicio de funciones públicas o actividades de especial trascendencia política o económica, sino del interés suscitado en general por el conocimiento de su compromiso matrimonial con una famosa actriz; ii) el contenido del artículo versa sobre aspectos de la vida privada del demandante constados con aspectos que él mismo ha hecho públicos; iii) aunque algunas afirmaciones no sean del agrado del demandante, no tienen un carácter injurioso, insultante o desproporcionado; iv) concurren los requisitos para la existencia de un reportaje neutral: existe una referencia literal al contenido de lo declarado por el propio demandante y a lo dicho sobre él con anterioridad en programas del corazón, y el autor no transmite como propia la información ofrecida, sino que claramente pone de manifiesto cuál es la versión del demandante, discerniendo entre aquellas informaciones vertidas que proceden de datos contrastados de aquellas que son simples rumores u opiniones, preguntándose en algunas ocasiones sobre el grado de verosimilitud de las afirmaciones realizadas en programas del corazón. Al aplicarse la doctrina constitucional del reportaje neutral no se debe analizar la verdad de los hechos, pudiendo existir algún error o inexactitud en la información cuando ello no afecta a la esencia de lo informado. (*G. M. A.*)

3. Efectos de la escisión parcial de una sociedad.—La escisión parcial, entendida como traspaso en bloque de una o varias partes del patrimonio de una sociedad a otra, no provoca la extinción de la sociedad segregante, que mantendrá invariable su personalidad jurídica. Se produce una sucesión universal, si bien limitada a los elementos patrimoniales que forman parte de la unidad económica escindida, y los socios de la sociedad aportante se convierten en socios de la beneficiaria de la aportación. Ahora bien, conforme al

artículo 253.1 TRLSA, la parte del patrimonio social que se divida o segregue con la escisión formal debe formar una unidad económica. El problema se produce a la hora de interpretar el concepto de «unidad económica», que no necesariamente tendría que tener vida propia ni tiene por qué coincidir con una empresa, unidad productiva, establecimiento o negocio, sino que podría ser meramente funcional.

El carácter excepcional de la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo.—Nuestro ordenamiento jurídico reconoce personalidad jurídica a las sociedades de capital, de tal manera que éstas puedan llegar a responder de su propio actuar, si bien instrumentalmente a través de los administradores. No obstante, esto no impide que en ciertos casos (ej.: infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso), cuando concurren determinadas circunstancias, proceda el levantamiento del velo con el fin de evitar el perjuicio injustificado a legítimos intereses y derechos de terceros (SSTS de 13 de octubre de 2011 y de 4 de noviembre de 2010). Ahora bien, considera el Tribunal Supremo que el levantamiento del velo es un remedio excepcional y, como tal, deberá aplicarse de forma restrictiva (SSTS de 30 de mayo de 2012, de 7 de junio de 2011 y de 26 de mayo de 2008). La norma general debe ser el respeto a la personalidad de la sociedad de capital y la excepción la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo. Para poder aplicarla, es necesario acreditar aquellas circunstancias que evidencian el abuso de la personalidad de la sociedad. Estas circunstancias pueden ser muy variadas y dan lugar a una tipología de supuestos muy amplia, sin que constituyan un *numerus clausus*. Cada supuesto es distinto y no se pueden mezclar, pues conllevan distintas consecuencias. **(STS de 3 de enero de 2013; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El 25 de marzo de 1991, la sociedad RV firmó con la sociedad SBM dos contratos de ejecución de obra. El 24 de junio de 1991, SBM pagó a RV el 5% del precio de la obra correspondiente a sendos contratos y el 6 de noviembre de 1991 pagó el 10% del precio de la obra correspondiente a uno de los contratos. El crédito que SBM tenía para la devolución de las cantidades entregadas como anticipo del precio del contrato de obra que no llegó a perfeccionarse fue cedido el 3 de marzo de 1998 a don JC. Entre los años 1997 y 1998, la sociedad RV se escindió parcialmente y generó una nueva sociedad beneficiaria denominada inicialmente IRV y luego pasó a denominarse RVR. En el proyecto de escisión no es objeto de designación ni reparto el crédito de BSM por la devolución de las cantidades entregadas como anticipo. En la sesión del Consejo de Administración de RV se dejó constancia de que la escisión se debe a la necesidad de organizar, de una manera autónoma, el tratamiento de su cartera de pedidos internacionales y de otros grandes contratos. Y en el proyecto de escisión se manifiesta que el desarrollo de la actividad internacional constituye una unidad económica empresarial cuya comercialización y gestión se desarrolla de una forma autónoma. La sociedad matriz RV cambió su denominación por TC y constituyó otra sociedad denominada RVI, ese mismo año 1997. En 1999, la sociedad matriz TC fue declarada en quiebra. En 2003, la sociedad beneficiaria RVR compró las acciones de RVI y se escindió parcialmente, creando la sociedad GRV

GVEIS, a la que transmitió las acciones de RVI. Luego, GRV GVEIS compró el 91.04% del capital social de RVR. Don JC reclama el crédito señalado frente a las sociedades RVR, GRV GVEIS y RVI. Alega: a) que dichas sociedades eran beneficiarias de la escisión parcial de la sociedad deudora originaria (art. 259 TRLSA); B) las operaciones societarias descritas se realizaron para defraudar el derecho de crédito de BSM, reclamado en 1996, solicitando, en consecuencia, el levantamiento del velo.

El Juzgado de Primera Instancia reconoció legitimación activa a don JC para la reclamación del crédito que originariamente correspondía a BSM, al existir una cesión de crédito válida. Después analizó la legitimación pasiva y concluyó que RVR no había asumido la obligación cuyo cumplimiento reclama el actor, pues este crédito aparecía incluido entre los elementos del pasivo transmitido. El Juzgado de Primera Instancia entiende que para que proceda la aplicación del artículo 259 TRLSA, es necesario que la sociedad beneficiaria de la escisión parcial asuma la obligación de la sociedad escindida. Igualmente, rechazó la pretensión de que respondieran de este crédito GRV GVEIS y RVI. Finalmente, desestima la pretensión de levantamiento del velo. Considera que la mera existencia de un proceso de escisión, la constitución de nuevas sociedades mediante aportaciones patrimoniales de una sociedad ya existente, la mera coincidencia del accionariado o de los órganos de administración de varias sociedades, o la actuación en el tráfico de diversas sociedades que forman parte de un grupo empresarial, manteniendo cada una de ellas frente a los demás una independencia en las relaciones jurídicas establecidas, no son datos por sí solos constitutivos de fraude de ley o abuso de derecho. No cabe entender que todas las sociedades demandadas son una sola sociedad, junto con la actual TC en liquidación, para hacerlas responsables de las deudas de esta última.

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación por las siguientes razones: 1) no se transmitieron la totalidad de los activos y pasivos de la matriz, sino sólo los enumerados en el proyecto de escisión, entre los que no se encontraba el crédito ahora reclamado, por lo que no resultaba de aplicación el artículo 259 TRLSA, pues la sociedad beneficiaria no asumió esta obligación; 3) tampoco es aplicable el artículo 255.3 TRLSA, en la medida en que la escisión no dio lugar a la extinción de la sociedad que se escindía; 4) tampoco cabe el levantamiento del velo al no apreciarse ninguna conducta fraudulenta que lo justifique.

Don JC interpone recurso de casación, basado en los siguientes motivos: a) la infracción de los artículos 253.1 y 259 TRLSA, 97.4 Ley 43/1995, y 2Bbis y 2.i) Directiva de 23 de julio de 1990, pues lo importante no es que en el balance de escisión aparecieran reflejados los negocios que se transmitían, sino que se haya transmitido la unidad económica; b) la infracción de los artículos 1115, 1116, 1117, 1123 y 1303 CC, así como el Plan general de contabilidad, el artículo 34 CCO, y el 172 TRLSA, porque el balance previo de escisión no reflejaba fielmente la imagen de la compañía, al no contener el crédito de BSM a la devolución del pago anticipado; 3) la infracción de los artículos 6.4 y 7 CC, pues hay que entender que

la omisión de ese crédito se ha hecho en fraude de ley –al tratarse de un negocio internacional que nunca fue excluido expresamente, no debería impedirse que se considere incluido en la rama de actividad de los negocios internacionales transmitidos a la sociedad de nueva creación y beneficiaria de la escisión–.

En cuanto al primer motivo de casación, el Tribunal Supremo considera que la rama de actividad transmitida a la sociedad beneficiaria de la primera escisión debía incluir todo negocio internacional, con independencia de que no se recogiera en el balance de la sociedad beneficiaria algún determinado contrato o alguna obligación. El hecho de que no se incluya la deuda en el proyecto de escisión no significa necesariamente que quedara fuera del efecto de la sucesión universal. A juicio del Alto Tribunal, se transmitió la deuda formando parte de las relaciones jurídicas traspasadas en bloque [art. 252.1.b) TRLSA], por lo que es responsable de su cumplimiento la sociedad beneficiaria. Según el Tribunal Supremo, no es de aplicación el artículo 259 TRLSA porque dicho precepto presupone la existencia de varias sociedades beneficiarias, y en este caso sólo existe una sola. Por tanto, se hace responsable a RVR (sociedad beneficiaria de la primera escisión).

Respecto al segundo motivo del recurso, entiende el Tribunal Supremo que su resolución carece de sentido, al haberse estimado el primero, pues ya se ha reconocido que la deuda con BSM fue transmitida a la sociedad beneficiaria de la primera escisión, aunque no apareciera entre los elementos del pasivo transmitidos.

Finalmente, el tercer motivo alega la infracción de la jurisprudencia sobre el levantamiento del velo, al entender el recurrente que el entramado de sociedades, a las que se ha ido cambiando el nombre, se ha montado para inducir a confusión sobre la identidad de unas y otras, y dificultar la reclamación del crédito. El Tribunal Supremo también lo estima así. Considera que se ha producido un uso abusivo de la personalidad jurídica de la sociedad para defraudar los legítimos intereses de terceros. A su juicio, la finalidad de todo este entramado de operaciones era distraer la unidad económica de la que había surgido el crédito de la sociedad originariamente deudora, generando confusión a la hora de seguir la pista de la sociedad beneficiaria. Por tanto, el Alto Tribunal entiende justificado el levantamiento del velo de las sociedades codemandadas GRV GVEIS y RVI, para que respondan solidariamente de la deuda que originariamente había sido creada por RV y que luego pasó a RVR tras la primera escisión.

NOTA.–El artículo 6.4 CC se refiere al abuso de derecho y el 7.2 CC al fraude de ley. En base a sendos preceptos, y ante la falta de normativa específica al respecto, el Tribunal Supremo ha creado la doctrina del levantamiento de velo, de aplicación excepcional, dado el respeto que debe primar a la personalidad jurídica de las sociedades. Esta figura implica desposeer a la sociedad de dicho atributo y extender a sus socios la responsabilidad por deudas contraídas con terceros. Para su aplicación, el Juez deberá tener indicios claros que apunten que la sociedad en cuestión está utilizando su personalidad jurídica de forma abusiva para conseguir objetivos que perjudican derechos o intereses legítimos de terceros que han contratado con ella. El Tribunal Supremo ha identificado

en esta sentencia varios supuestos típicos de abuso y que darían lugar al levantamiento del velo: a) la infracapitalización, que se refiere a supuestos de sociedades creadas conforme a los requisitos legales de liquidez para constituir su capital social, pero donde existe una ausencia evidente de activos líquidos con los que financiar las actividades que configuran su objeto social –se produce una manipulación dolosa de la situación financiera de la sociedad.–; b) la confusión de personalidades, es decir, entre el patrimonio personal del socio y el patrimonio de la sociedad; c) la dirección externa, donde una sociedad ejerce la dirección efectiva de otra; d) el trasvase fraudulento de activos patrimoniales de una sociedad a otra, con el fin de generar una situación de insolvencia para los acreedores que contrataron con la sociedad originaria (ej.: mediante una escisión parcial, como el caso que se planteó en la sentencia reseñada). (S. L. M.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

4. Nulidad proveniente de delito imputable a ambos contratantes.

Artículo 1305 CC.—El artículo 1305 CC establece una excepción al principio de *restitutio in integrum* del artículo 1303 CC en los casos en que la nulidad radical de los contratos se funde en causa ilícita, por ser el hecho que la sustenta un delito o falta común a ambos contratantes, siendo el reprochable proceder de los contratantes sancionado con la imposibilidad de ejercer cualquier acción entre sí, independientemente de los efectos que pudiera haber causado la nulidad, plasmada en el adagio *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* o la imposibilidad de pedir el cumplimiento ni la restitución por parte de aquel contratante que puede considerarse culpable de la ilicitud.

El legislador no deja margen al restablecimiento del equilibrio prestacional, pese a que ello pudiera provocar el enriquecimiento de una de las partes, y ello porque ambos incurrieron en delito, y quien a ello se arriesga debe tener claro que la norma no ampara el desequilibrio económico que provocó su actuar torticero. No cabe una interpretación extensiva o equilibradora de los riesgos, pues la conducta del recurrente en cuanto causante de ilícito delictivo merece una respuesta contundente pues ha incurrido en una de los comportamientos rechazados por la sociedad a través de la ley y por ello se tipifica como delito.

El artículo 1305 CC excluye tanto las acciones de enriquecimiento injusto como de pago de lo indebido.—En el ámbito del artículo 1305 CC, que no hace excepción alguna, no procede el ejercicio de acciones contractuales o extracontractuales. Asimismo, no cabe aplicar la doctrina sobre enriquecimiento injusto cuando la situación patrimonial producida es consecuencia de pactos libremente asumidos (SSTS de 30 de marzo y 23 de noviembre de 1988, 22 de mayo de 1989, 2 de enero de 1991, 23 de marzo y 15 de diciembre de 1992, 14 de diciembre de 1993, 4 de noviembre de 1994, 28 de febrero de 1995, 24 de marzo de 1998, 30 de septiembre de 1999, 27 de marzo y 12 de diciembre de 2000, entre otras), pues un acuerdo adoptado con plena libertad y voluntad decisoria, es causa justificada de un incremento patrimonial (STS de 16 de marzo de 1995). (STS de 25 de enero de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Don D. y doña Y. otorgaron en 1991 sendas escrituras de compraventa por las que vendían diversos inmuebles a la sociedad G., S.A., representada por don F., la cual se subrogó en las hipotecas existentes, reteniendo la parte del precio correspondiente al importe de los préstamos hipotecarios.

En 2001, se dictó sentencia, que devino firme, por la que se condenó a don D., doña Y. y don F. como autores de un delito de alzamiento de bienes, declarándose la nulidad de las referidas escrituras de compraventa, tras lo cual don D. y doña Y. procedieron a vendérselas a C., S.L.

G. demandó a don D., doña Y. y C., solicitando se declarara su derecho a la subrogación en la posición de las entidades financieras acreedoras en la garantía hipotecaria y al reintegro de los gastos y pagos realizados.

Dicha demanda es desestimada íntegramente en primera instancia. Interpuesto recurso de apelación por G., la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, la sociedad demandante interpuso sendos recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, siendo ambos desestimados íntegramente por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

5. La regla *contra proferentem* del artículo 1288 CC.—El artículo 1288 CC contiene la regla de interpretación *contra proferentem* de las cláusulas contractuales. El Tribunal Supremo entiende que tiene un doble fundamento: a) la autorresponsabilidad del declarante; 2) la protección de la confianza generada en la otra parte. El ámbito de aplicación típico de esta regla son los contratos sometidos a condiciones generales. Respecto de la contratación negociada, su aplicación no resulta tan natural y automática, sino que está sometida a una serie de requisitos: 1) que la redacción de las condiciones particulares haya sido obra del propio proferente y su intervención haya sido determinante en la oscuridad de las mismas, sin que el resto de partícipes haya cooperado en su producción; 2) que la interpretación realizada no haya permitido averiguar cuál era la voluntad real o querida por las partes.

Doctrina de los actos propios.—El ejercicio de los derechos subjetivos se encuentra limitado por la doctrina de los actos propios. Se trata de proteger la confianza que fundamentalmente se ha puesto en el comportamiento ajeno. Tiene su fundamento en el principio de la buena fe, que impone la obligación de ser coherente con el comportamiento realizado y quedar vinculado con el mismo. Para ello es necesario: 1) que los actos propios sean inequívocos y definitivos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica; 2) que exista una incompatibilidad o contradicción con la conducta precedente. Para aplicar la doctrina de los actos propios no es necesario que estemos ante un negocio jurídico, sino que basta con el deber general de responder de las consecuencias derivadas de la confianza suscitada.

La validez de la venta de cosa común sin el consentimiento de todos los comuneros.—En un primer momento, el Tribunal Supremo optó por la nulidad de la venta de cosa común sin el consentimiento de todos los comuneros, basándose en la carencia de objeto o en el error del consentimiento. Sin embargo, la jurisprudencia ha ido decantándose por la validez de este tipo de ventas (STS de 28 de marzo de 2012). Y ello por varios motivos: a) la naturaleza de la compraventa como contrato generador de obligaciones

(art. 1445 CC); b) el principio de conservación de los contratos, que implica, en otras cosas, el solucionar adecuadamente las vicisitudes que plantee la dinámica contractual, articulando mecanismos que permitan dar validez y eficacia al contrato, y facilitando así el tráfico patrimonial y la seguridad jurídica. La frustración que pudiera surgir en la entrega de la cosa o la transmisión del derecho en cuestión, otorga al comprador una serie de remedios que van más allá de la nulidad de la venta y que presuponen la validez previa del contrato celebrado (ej.: la acción de indemnización, la resolución, la responsabilidad por evicción). Ahora bien, dicha validez se proyectará únicamente en el plano de la eficacia obligacional del contrato, pero no en el ámbito de la eficacia jurídico-real, de la misma manera que tampoco se alteran los derechos que correspondieran a los comuneros que no prestaron su consentimiento. A pesar de todo, a la hora de valorar la validez de la compraventa, habrá que tener en cuenta las circunstancias concretas del caso y, sobre todo, cuál era la intención del comprador. Si lo que realmente quería éste era obtener la titularidad plena sobre el objeto de la compraventa y ello constituye el presupuesto esencial de la misma, surgirá una acción de anulación por error sustancial y excusable. **(STS de 15 de enero de 2013; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno].

HECHOS.—P, padre de los hermanos M, R, G, E, L y F, demandante y demandados, y esposo de A, codemandada, era dueño de varios solares identificados con los números 0 a 60. P fue vendiéndolos en vida en virtud de escrituras públicas y privadas, de manera que, al momento de su fallecimiento, sólo faltaban por vender los identificados con los números 0 a 5. Los hermanos intervinientes en el procedimiento otorgaron en abril de 1985 escritura pública de apoderamiento a favor de su madre, para que vendiera los solares números 7 a 26. En abril de 2005, A, haciendo uso de su poder, vendió a la empresa G, también demandada, los solares con los números 0 a 4. En diciembre de 2005 los demandantes revocaron el poder otorgado a su madre. Los actores interponen demanda ejercitando acción de nulidad del contrato de compraventa celebrado entre A y G, al faltar el consentimiento de los vendedores, al haberse extralimitado la mandataria en el poder conferido.

El Juzgado de Primera Instancia declaró la nulidad de pleno derecho del contrato de compraventa señalado, por haberse extralimitado A, al haber vendido unos solares que quedaban fuera de su ámbito de apoderamiento y faltar el consentimiento de los actores.

La sentencia es recurrida en apelación por todas las partes demandadas, alegando: 1) que no existió extralimitación de poder; 2) que la compradora actuó de buena fe; 3) subsidiariamente, que al haberse transmitido las participaciones indivisas, la nulidad solicitada únicamente alcanzaría a las participaciones de los actores y no la de los restantes vendedores. La Audiencia Provincial reitera que la apoderada se ha excedido del contenido del mandato, que sólo tenía la facultad de otorgar escrituras de venta respecto de las parcelas 7 a 26. El hecho de que algunas de dichas parcelas estuvieran vendidas ya a través de escritura pública por el propio causante constituye un error, por cuanto sobre ellas nada se podía escriturar, pero no determina que pueda ampliarse el objeto del mandato a todas las fincas sitas en ese paraje. En cuanto a la validez o invali-

dez del negocio jurídico celebrado, la compradora de las fincas ha actuado con buena fe, confiando en la suficiencia del poder apreciada por el Notario autorizante de la compraventa otorgada por la apoderada demandada. Sin embargo, señala la Audiencia que dicha circunstancia no es suficiente para declarar la eficacia de una extralimitación de poder y del negocio formalizado por A. Respecto a la extralimitación del poder, la Audiencia niega que se pueda aplicar la doctrina sobre la apariencia representativa, que determinaría la validez del negocio por negligencia del mandante. Aunque la numeración de los solares es a efectos internos (no a efectos registrales), que deriva del negocio de segregación, y la compradora no tenía por qué tener conocimiento previo de dicha circunstancia, las dudas sobre su determinación exacta deberían haberse resuelto antes del otorgamiento del negocio. Por tanto, entiende la Audiencia que no existe apariencia representativa, sino dificultad en la determinación del objeto sobre el que estaba autorizada la apoderada, que pudo haber sido subsanada. Finalmente, la Audiencia tampoco admite la pretensión de nulidad parcial. Conforme al artículo 399 CC, cada uno de los copropietarios puede libremente transmitir a un tercero su parte indivisa. Sin embargo, en este caso se pretendía enajenar una finca, un cuerpo cierto físico, sobre el que los vendedores tenían un derecho de copropiedad por cuotas. No se trataba de transmitir su correspondiente cuota, sino la finca misma sobre la que recaían aquéllas. De ahí que la Audiencia declare la nulidad total del negocio (arts. 1261 y 1275 CC).

Los demandados interponen recurso de casación, planteando las siguientes alegaciones: a) se cuestiona la declaración de nulidad radical del contrato, pues los comuneros demandados sostuvieron la legitimidad de la venta y la existencia de facultades de la mandataria, por lo que los actores únicamente tendrían legitimación para la anulación respecto de las cuotas que les correspondían en copropiedad; b) la aplicación de la regla *contra proferentem* del artículo 1288 CC, pues se cumplen los requisitos de la redacción unilateral y oscuridad en el texto, en la medida en que los actores intervinieron en el otorgamiento de la escritura de mandato, algo que les impide aprovecharse de la dificultad de una cláusula con el fin de perjudicar al resto de intervinientes en el contrato –los actores no revocaron el poder otorgado a su madre durante más de 20 años, período en el que se beneficiaron de su actuación sin exigir rendición de cuentas.–; c) la infracción del artículo 1709 CC, al negar la eficacia del mandato con que actuó la demandada A. El Tribunal Supremo desestima la segunda y la tercera alegación. Entiende que no es aplicable al caso ni la doctrina de la interpretación *contra proferentem* ni la doctrina de los actos propios por no darse los requisitos. A su juicio, la falta de revocación previa del apoderamiento no supone un acto propio inequívoco y definitivo en el sentido de ratificar la disposición patrimonial efectuada. Además, la falta de exigencia de la obligación de dar cuenta de sus operaciones (art. 1720 CC) no comporta, por sí sola, que los poderdantes hayan ratificado por actos propios la disposición del apoderado realizada más allá del poder otorgado. El primer motivo es el

único que estima el Tribunal Supremo, declarando la validez de la venta de cosa común sin el consentimiento de todos los comuneros.

NOTA.—En cuanto a la regla *contra proferentem*, hay que indicar que ya el artículo 6.3 LCGC establece, en sede de condiciones generales, que las dudas en la interpretación de aquellas que resulten oscuras deberán resolverse a favor de lo más favorable para el adherente. La diferencia entre este precepto y el artículo 1288 CC es que la solución, en el artículo 6.3 LCGC, es elegir la interpretación más favorable para el adherente, que será, consecuentemente, la más perjudicial para el proferente. En cambio, la del artículo 1288 CC consiste en escoger la interpretación que no favorezca a éste, que no necesariamente tiene que ser la más perjudicial. Además, existen dos manifestaciones de la aplicación subsidiaria de la norma contenida en el artículo 1288 CC: 1) únicamente será aplicable cuando las reglas de interpretación incluidas en los artículos 1281 a 1287 CC hayan resultado inútiles; 2) es necesario que la cláusula en cuestión sea oscura, porque si es clara y precisa, si no existen dudas en cuanto a su interpretación, no podrá aplicarse el artículo 1288 CC. Respecto al segundo tema importante —la venta de cosa común sin el consentimiento de todos los comuneros—, la Audiencia Provincial hizo referencia a la libertad que tiene cada uno de ellos de transmitir su cuota. Sin embargo, dicha libertad tiene una serie de límites: a) que estemos ante derechos indisponibles —por ejemplo, por ser personalísimos.—; b) dicha transmisión no puede suponer, en ningún caso, el establecimiento de servidumbres sobre la cosa común —el artículo 597 CC exige el consentimiento de todos los comuneros en estos casos.—; c) el resto de comuneros tienen un derecho de tanteo y retracto sobre la cuota de la que se pretende disponer (art. 1522 CC; d) si las cuotas no estuvieran distribuidas, la transmisión quedará condicionada a la porción que se le adjudique definitivamente a ese comunero disponente. (S. L. M.)

6. Dación en pago.—La dación en pago o *datio in solutum* es una forma especial de pago, es el negocio jurídico (no es un contrato, como productor de obligación) por el que el deudor realiza a título de pago una prestación distinta a la debida y el acreedor la acepta, y su dominio pleno se le transmite para aplicarlo a la extinción total del crédito (STS de 23 de septiembre de 2002), produciendo los efectos del pago, como cumplimiento de la obligación (STS de 19 de octubre de 2006).

Dación en pago y enriquecimiento injusto.—El enriquecimiento injusto o sin causa, no se recoge explícitamente en el CC pero se aplica como principio general del derecho (STS de 8 de mayo de 2006). Se trata de hechos que provocan un enriquecimiento en una persona a costa del empobrecimiento de otro, sin causa (SSTS de 27 de septiembre de 2004, 27 de octubre de 2005 y 18 de noviembre de 2005). El efecto del enriquecimiento injusto es el nacimiento de una obligación, siendo deudor el enriquecido y acreedor el empobrecido, consistente en restituir lo mismo en lo que se enriqueció o, si no es posible, indemnizar su valor. La acción por enriquecimiento injusto es subsidiaria, en el sentido de que no cabe alegarla si ha mediado un contrato o un acto o negocio jurídico.

La dación en pago es una forma especial de pago, como negocio jurídico emitido voluntariamente por personas físicas o jurídicas con plena capacidad de obrar. Se puede impugnar el negocio jurídico por las causas generales de ineficacia o invalidez, pero no por enriquecimiento injusto. Negado, a partir de hechos probados, el error obstativo y el error vicio, no cabe sino mantener la validez y eficacia de la dación en pago.

Cláusula *rebus sic stantibus*.—La cláusula *rebus sic stantibus* no está legalmente reconocida, pero dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales, si bien es una cláusula peligrosa, y, en su caso, debe admitirse cautelosamente. Su admisión requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles. En cuanto a sus efectos, hasta el presente, se le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato otorgándole los modificativos del mismos, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones (entre otras, SSTS de 23 de abril de 1991, 29 de mayo de 1996, 10 de febrero de 1997, 15 de noviembre de 2000, 27 de mayo de 2002, 21 de marzo de 2003, 25 de enero de 2007 y 20 de noviembre de 2009). (**STS de 27 de diciembre de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La sociedad A., S.L., hizo dación en pago, a los efectos de extinguir sus deudas procedentes de préstamos hipotecarios y uno de carácter personal, con la entidad *Caja de M.*

Una de las fincas aparece en el Registro con una superficie de 339,58 m². Se promovió expediente de dominio por exceso de cabida, declarándose que su superficie no es la indicada, sino 2097 m². En la escritura de dación en pago no se hace referencia alguna al exceso de cabida, pese a que estaba en trámite el expediente.

A. formuló demanda interesando la nulidad de la dación en pago, al haber transmitido en ella la propiedad de una finca cuya extensión era muy superior a la que se hizo constar en la escritura pública; o, en su caso, anulación por haber sufrido error en este extremo; o, en último lugar, compensación económica por el enriquecimiento injusto que experimentó la Caja. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la actora, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, la demandante interpuso recurso de casación, siendo desestimado íntegramente por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

7. Incumplimiento contractual. *Aliud pro alio*.—La resolución por incumplimiento de una de las partes, sancionada por el artículo 1124 CC, implica un incumplimiento esencial del contrato. Es preciso que se produzca frustración del fin del contrato, para la parte que cumple y por razón del incumplimiento obstativo de la contraria (STS de 10 de junio de 2010), hecho objetivo del incumplimiento, no justificado o producido por causa imputable al que pide la resolución (STS de 30 de octubre de 2009). En tal sentido, la

resolución cabe en caso de incumplimiento objetivo de la obligación de entrega de la cosa vendida en el contrato de compraventa, lo que ocurre efectivamente si se da el caso de *aliud pro alio*, en que existe pleno incumplimiento del contrato de compraventa, por inhabilidad del objeto vendido para cumplir la finalidad para la que se vendió y consiguientemente se ha producido la insatisfacción del comprador, lo que en estos casos permite acudir a la protección que dispensan los artículos 1101 y 1124 CC (STS de 16 de noviembre de 2000). La evidencia de la frustración del fin del contrato, eliminando las legítimas expectativas de la parte perjudicada, desencadena la resolución, en definitiva, la inhabilidad del objeto (STS de 31 de julio de 2002), existiendo un defectuoso cumplimiento al haber sido hecha la entrega de cosa distinta o con vicios que hagan impropio el objeto de la compraventa para el fin a que se destina (STS de 17 de febrero de 2010). La doctrina de *aliud pro alio* contempla una doble situación: que se haya entregado cosa distinta a lo pactado o que se haya entregado cosa que, por su inhabilidad, provoque una insatisfacción objetiva, es decir, una completa frustración del fin del contrato (STS de 25 de febrero de 2010). Si el objeto es inhábil para el fin por el que se contrató, pero la parte que lo sufre (el comprador) había conocido y aceptado estas posibles contingencias, ello evita que sea el incumplimiento de la otra parte (el vendedor) el que haya provocado el *aliud pro alio*. (STS de 21 de diciembre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La sociedad 2M.C.G.C., S.A. vendió a la inmobiliaria V, S.L. en contrato privado, posteriormente elevado a escritura pública y más tarde complementado con un anexo aclaratorio en el que se expresan las contiendas y contingencias sobre las fincas, unas parcelas en la que ya se construían algunos chalets y que se adquieren para construir otros y destinarlos a la venta. Habiéndose presentado sendos recursos contencioso-administrativos contra los acuerdos municipales de aprobación definitiva del proyecto de urbanización y del proyecto de compensación, ambos fueron declarados nulos.

La compradora V, S.L. interpuso demanda de resolución del contrato de compraventa contra la vendedora 2MC, por entrega de cosa diversa, *aliud pro alio*. El Juzgado dictó sentencia desestimando la demanda. Apelada esta sentencia por el demandante, la Audiencia lo desestimó, confirmando la sentencia del juzgado. La entidad demandante interpuso recurso de casación contra esa sentencia, siendo desestimado por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

8. Contrato de suministro. Incumplimiento por ambas partes.—En los supuestos de incumplimientos dobles se hace necesario determinar quién, por tener que cumplir primero, dejó de hacerlo antes y justificó, por razones funcionales del vínculo, la infracción contractual de la otra parte de la relación jurídica (SSTS de 26 de octubre de 1978 y 12 de febrero de 2007), porque si bien es cierto que la jurisprudencia sobre el artículo 1124 CC no reconoce al contratante incumplidor legitimación para resolver la relación jurídica sinagmática, también lo es que sí se la reconoce cuando el incumplimiento hubiera venido provocado por el anterior de la otra parte de la relación (SSTS de 20 de junio de 1990 y 27 de diciembre de 1995). En modo alguno cabe estimar la *exceptio non adimpleti contractus* si la prestación de la otra parte

contratante fue de indudable provecho o utilidad para quien la alega (STS de 11 de diciembre de 2009), y así en un contrato de obra el contratista no vendrá obligado a terminar la obra en su totalidad si el comitente deja de pagar las cantidades pendientes por obras ya ejecutadas (STS de 14 de diciembre de 2001). Por tanto, es esencial atender a la reciprocidad para valorar los incumplimientos de cada parte contratante, pues lo que no cabe admitir es que una de las partes se sitúe en una posición de ventaja gracias a su propio incumplimiento para, desde esta posición de ventaja, exigir a la otra parte que cumpla íntegramente y a la perfección sus obligaciones contractuales.

Indemnización del lucro cesante. Apreciación restrictiva.—La jurisprudencia, al interpretar el artículo 1106 CC en su referencia a «la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor», se inclina por criterios de «razonable verosimilitud» en la prueba (SSTS de 21 de abril de 2008 y 18 de septiembre de 2007), «especial rigor probatorio», excluyendo los beneficios hipotéticos o imaginarios (SSTS de 27 de junio de 2007 y 14 de julio de 2006), o apreciación restrictiva o ponderada «aplicando criterios de probabilidad de acuerdo con el curso normal de los acontecimientos» (SSTS de 29 de diciembre de 2000 y 15 de julio de 1998). (STS de 19 de diciembre de 2012; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Entre la mercantil *R.*, como suministradora, y la unión temporal de empresas que ejecutaba las obras de prolongación del dique rompeolas del puerto de *T.*, integrada por las empresas *A.* y *C.*, se concertó un contrato de suministro de hormigón.

Existiendo varias facturas pendientes de pago, *R.* demandó a *A.* y *C.* reclamando el importe de dichas facturas, más una indemnización de daños y perjuicios por haber tenido que resolver anticipadamente el contrato. Las demandadas, tras pagar ante notario parte de las cantidades reclamadas, contestaron a la demanda alegando el incumplimiento contractual de *R.*, su disconformidad con el precio unitario del hormigón suministrado, la pertinencia de determinadas deducciones y la improcedencia de cualquier indemnización, aunque reconocían un saldo provisional a favor de *R.* pero con la reserva de reclamar contra ella en otro procedimiento por los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento contractual.

Fundándose precisamente en tal reserva expresa, *A.* y *C.* interpusieron una demanda contra *R.*, solicitando su acumulación a las actuaciones que ya se estaban tramitando y pidiendo que se declarase resuelto el contrato de suministro celebrado con *R.* y que se condenara a ésta a pagar a *A.* y *C.* una indemnización por deficiencias en el suministro de hormigón para cajones y bloques y por cambio de suministrador.

Habiéndose acumulado ambos procesos, el Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda de *R.* y desestimó íntegramente la de *A.* y *C.*, condenando a éstas a pagar cierta cantidad. La sentencia fue apelada por ambas partes, y la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de *A.* y *C.* y desestimó totalmente el de *R.*, revocando la sentencia del Juzgado en el sentido de rebajar el importe de la condena. Contra esa sentencia, *R.* recurrió en casación, siendo estimado parcialmente el recurso por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

9. Derecho concursal. Calificación del concurso como culpable por incumplimiento del deber de llevanza de la contabilidad de la sociedad. Responsabilidad del administrador único.—El sentido propio de las palabras que componen la norma del artículo 172, apartado tercero, LC no permiten, en buena técnica, condicionar el ejercicio de la potestad del juez de decidir si debe condenar a la satisfacción del déficit concursal, a qué administradores, en qué medida y con qué alcance, a la presencia de un daño indemnizable ni a la influencia del comportamiento imputado a los administradores o liquidadores de la persona jurídica sobre la generación o agravación del estado de insolvencia de la misma, cuando la calificación del concurso como culpable ha resultado de la concurrencia de, al menos, uno de los supuestos descritos en el apartado segundo del artículo 164 LC. Carece de fundamento exigir para la procedencia de la condena del administrador societario que éste hubiera causado o agravado la insolvencia de la sociedad, pues no lo exige el artículo 172, apartado tercero, ni resulta, sino lo contrario, del apartado segundo del artículo 164 LC. Esta última norma no constituye un mero desarrollo del apartado primero de este precepto —el art. 164 LC—, sino que contiene la relación de conductas antijurídicas a las que el legislador vinculó, en todo caso y sin excepción, la declaración de concurso culpable. El apartado tercero del artículo 172 LC no establece una indemnización por el daño derivado de la generación o agravamiento de la insolvencia por dolo o culpa grave, sino un supuesto de responsabilidad por deuda ajena cuya exigibilidad requiere i) ostentar la condición de administrador o liquidador; ii) que el concurso fuese calificado como culpable; iii) la apertura de la fase de liquidación; iv) la existencia de créditos fallidos o déficit concursal. Con ello, el Tribunal Supremo recuerda la doctrina jurisprudencial ya establecida en sus SSTs de 6 de octubre de 2011 (644/2011), 16 de enero (994/2011), 21 de marzo (142/2012), 26 de abril (255/2012), 21 de mayo (289/2012) y 16 de julio de 2012 (501/2012). (**STS de 27 de diciembre de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—Siguiendo la propuesta de la administración concursal de la sociedad SQ SL, y del Ministerio Fiscal, el Juzgado de lo mercantil número 2 de Alicante, en sentencia de 21 de septiembre de 2009, calificó como culpable el concurso de esta entidad. Entiende que concurre el supuesto previsto en la regla primera del apartado segundo del artículo 164 LC, esto es, por el incumplimiento por la deudora del deber de llevanza de la contabilidad durante varios ejercicios. La sociedad no había llevado los libros de contabilidad correspondientes a los ejercicios de 2002, 2005 2006 y 2007, y había depositado tardíamente las cuentas de los ejercicios de 2003 y 2004. El Juzgado identificó al único administrador de la sociedad concursada como afectado por la calificación, le inhabilitó para administrar bienes ajenos y ejercer el comercio o tener cargo o intervención en compañías mercantiles o industriales durante un plazo de dos años, a pagar a los acreedores de esta sociedad el importe íntegro de los créditos que no percibieran en la liquidación de la masa activa, y al pago de las costas del proceso.

En sentencia de 7 de mayo de 2010, la Audiencia Provincial de Alicante desestima el recurso de apelación interpuesto por el administrador condenado. Éste interpone recurso de casación, que, nuevamente, es desestimado por el Tribunal Supremo. Sostiene el Alto

Tribunal que la sociedad luego concursada incumplió el deber de llevanza de la contabilidad; el artículo 164.2 LC imponía la calificación del concurso como culpable y los órganos judiciales de ambas instancias aplicaron correcta, razonable y motivadamente el artículo 172.3 LC.

NOTA.—El magistrado don Ignacio Sancho Gargallo formula un voto concurrente. Su disidencia respecto de la opinión de la mayoría no alcanza a la decisión final, sino que se ciñe a la argumentación empleada. Concretamente, a las razones que justifican la responsabilidad del administrador a pagar la totalidad de los créditos no concursales no satisfechos con la liquidación. Explica cómo si bien para la calificación culpable del concurso, conforme al artículo 164.2 LC, no se exige que esta conducta haya generado o agravado la insolvencia del deudor, esta actuación sí justifica la responsabilidad del administrador a pagar total o parcialmente los créditos concursales no satisfechos con la liquidación prevista en el artículo 172.3 LC (actual art. 172 bis LC). En definitiva, la ratio legis de esta norma está vinculada a la generación o agravación de la insolvencia. Cuando el incumplimiento del deber legal de llevar la contabilidad de los tres últimos ejercicios económicos, imputable al administrador afectado por la calificación del concurso como culpable, impide conocer en qué medida la generación o la agravación de la insolvencia es imputable a un comportamiento de este sujeto, Sancho Gargallo entiende lógico que pueda presumirse, pues ha sido el administrador quien ha provocado la duda con la omisión de un deber legal tan relevante como es llevar la contabilidad que permite conocer la situación patrimonial de la sociedad. Cuando es un único administrador, debe ser la misma conducta que ha motivado la calificación culpable del concurso la que determine en su caso su responsabilidad a la cobertura, total o parcial, del déficit, sin que a la hora de graduar esta responsabilidad se puedan tener en cuenta otras conductas distintas a las que sirvieron para calificar el concurso como culpable. No sería contradictorio basar la calificación culpable del concurso en el incumplimiento del deber de llevar la contabilidad y condenar a la cobertura total del déficit, en la medida que la falta de contabilidad impidiera conocer las causas de la insolvencia y la incidencia de la conducta del administrador, pues la imposibilidad de constatar este resultado se debe a la culpa del administrador, a quien, entonces, le será imputable la generación de la insolvencia. (*G. M. A.*)

10. Contrato de permuta financiera. Calificación del crédito concursal. Concepto de obligaciones recíprocas.—Los artículos 61.2 y 84.2 LC declaran como créditos contra la masa las prestaciones a que esté obligado el concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración del concurso. Sin embargo, ni la LC ni el CC definen qué debe entenderse por «obligaciones recíprocas», lo que ha dado lugar a que con frecuencia se identifiquen las recíprocas con las que dimanen de contratos onerosos de los que derivan prestaciones a cargo de ambas partes. La jurisprudencia, sin embargo, ha diferenciado entre el «sinalagma genético», referido al momento en el que se perfecciona la

relación obligatoria en el que la prestación de cada una de las partes constituye para la otra la causa de la propia, de tal forma que funcionan como contravalor o contraprestación, y el «sinalagma funcional» o interdependencia, en el que ambas prestaciones deben cumplirse simultáneamente, en el sentido de que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir a su deudor que cumpla, si a su vez no ha cumplido o cumple al tiempo u ofrece cumplir la otra obligación recíproca de la que es deudor, sin perjuicio de las excepciones que imponen los usos del tráfico o el pacto (así, SSTs de 15 de marzo de 1979, 14 de mayo de 1982, 18 de noviembre de 1994, 5 de julio de 2007, 8 de junio de 1996, 9 de diciembre de 2004, 30 de marzo de 2010, y 10 y 11 de marzo de 2011).

El contrato de permuta financiera de tipos de interés, desvinculado de cualquier otra operación, por el que una de las partes debería pagar el saldo resultante de la diferencia entre «un tipo de interés variable EURIBOR3M» y «un tipo de interés fijo o variable determinado en función del Tipo Barrera Knock-In», no contiene obligaciones funcionalmente recíprocas, ya que nada más surgen obligaciones para una de las partes, pues las prestaciones pendientes de cumplimiento para una de las partes no guardan relación causal con las que pudieran derivarse en el futuro para la otra. Debe por tanto conceptuarse como crédito concursal ordinario. (STs de 9 de enero de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—El Banco *S.C.H., S.A.* y la sociedad *S.B., S.A.* suscribieron un «contrato marco de operaciones financieras», y en su ámbito una «confirmación de permuta financiera de tipos de interés (Swap Bonificado 3X3 con Barrera Knock-In)», desvinculada de cualquier otra operación. Con posterioridad, se declaró el concurso de *S.B., S.A.*, y, habiéndose presentado por el Banco el saldo resultante de la liquidación trimestral del contrato de permuta financiera, la administración concursal no lo incluyó en la lista de acreedores.

El Banco *S.C.H., S.A.* formuló demanda de incidente concursal interesando la modificación de la lista de acreedores en cuanto al reconocimiento del crédito derivado de la liquidación o liquidaciones periódicas del contrato de permuta financiera de tipos de interés como crédito contra la masa, ante lo que *S.B., S.A.* mantuvo que se trataba de un crédito concursal subordinado y la administración concursal que era un crédito concursal ordinario, oponiéndose ambas a la demanda. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda y calificando el crédito como concursal ordinario. Interpuesto recurso de apelación por la entidad actora, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, la demandante interpuso recursos extraordinarios de infracción procesal y de casación, siendo ambos desestimados íntegramente por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

11. Concurso de acreedores. Excepción de incumplimiento contractual frente a la solicitud de inclusión de un crédito en la lista de acreedores.—Declarado el concurso, en los contratos en que sea parte el deudor concursado, aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato; mientras que si no se solicita o no se aprecia ese reseñado interés del concurso en la

continuidad del contrato, el juez acordará la resolución del contrato, con un efecto liberatorio respecto de las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa (art. 62.4 LC). Ello no obsta a que, frente a la reclamación de inclusión en la lista de acreedores de un crédito contractual, el deudor concursado o la administración concursal puedan oponer la inexistencia del crédito o la aminoración de su importe porque la prestación debida fue realizada inadecuada o parcialmente, pudiendo así conocer el juez del concurso, por vía de excepción, sobre el cumplimiento o incumplimiento de la prestación contractual que generó en un contrato sinalagmático el crédito reclamado, pues de ello depende el reconocimiento de su existencia y su cuantificación, así como su consideración como crédito concursal o contra la masa.

La *exceptio non adimpleti contractus* presupone que el contrato bilateral está pendiente de cumplimiento por ambas partes, pues provoca una mera suspensión provisional del cumplimiento de la obligación, por lo que no cabe oponer la excepción frente a la pretensión de inclusión de un crédito concursal, porque su invocación presupone que el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes y por ello el crédito reclamado es un crédito contra la masa (art. 61.2 LC). La pretensión de inclusión de un crédito concursal derivado de un contrato bilateral con reciprocidad de prestaciones presupone que esté pendiente de cumplimiento por una sola de las partes, el concursado, lo cual puede ser compatible o bien con un incumplimiento de la prestación que ya no sea susceptible de cumplimiento, que sea resolutorio, lo que equivale a una inexistencia del crédito reclamado; o bien con un cumplimiento defectuoso que, resuelta la relación contractual, justifique la reducción del precio estipulado. (STS de 18 de diciembre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La promotora inmobiliaria *L.* suscribió un contrato de consultoría con la consultora *G.* para la prestación de servicios profesionales «de apoyo, asesoramiento y gestión de todas las actuaciones urbanísticas necesarias para el desarrollo urbanístico» de unos terrenos pertenecientes a un sector respecto del cual *L.* pretendía la adjudicación de la condición de «agente urbanizador», trabajos que debían desarrollarse en tres fases. *G.* comenzó a prestar los servicios correspondientes a la primera fase, por los que cobró un 20% del precio estipulado. Más tarde, *L.* fue declarada en concurso de acreedores voluntario y *G.* comunicó un crédito por los servicios desarrollados para *L.*, pendientes de pago, pero la administración concursal no incluyó este crédito en la lista de acreedores, porque los trabajos estaban defectuosamente realizados, faltaba documentación y las facturas no estaban registradas contablemente.

A la vista de esta exclusión, *G.* presentó una demanda de impugnación de la lista de acreedores, en la que solicitaba que se declarara que el contrato de consultoría se encontraba tácitamente resuelto en interés del concurso y por ello debía ser reconocido su crédito, más los intereses correspondientes, como crédito contra la masa y, subsidiariamente, como crédito concursal, a lo que se opusieron tanto la administración concursal como *L.*

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la impugnación de créditos y reconociendo el crédito de *G.* como crédito ordinario, entendiendo que, con ocasión de la impugnación de la lista de acreedores por el acreedor que pretendía su inclusión, la concursada no puede excepcionar que el contrato no fue cumplido o que lo fue defectuosamente. Interpuesto recurso de apelación por *L.*, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, la demandante interpuso recurso de casación, siendo desestimado por el Tribunal Supremo.

NOTA.—La *exceptio non adimpleti contractus*, cuyo papel en el ámbito concursal es analizado en esta sentencia, se ha consolidado como un medio de defensa que supone una negativa provisional al pago que suspende o paraliza la ejecución de la prestación a su cargo mientras la otra parte no cumpla con exactitud (SSTS de 12 de julio de 1991, 21 de marzo de 2001 y 17 de febrero de 2003), si bien debe tratarse del incumplimiento de una obligación básica, no bastando el cumplimiento defectuoso de la prestación, ni el mero incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias (SSTS de 3 de diciembre de 1992, 22 de octubre de 1997, 28 de abril de 1999, y 20 y 26 de junio de 2002).

Existen diferencias entre la *exceptio non adimpleti contractus* y el incumplimiento resolutorio del artículo 1124 CC. Respecto a sus efectos, la excepción de incumplimiento no reporta una modificación de la relación obligatoria, pues su aplicación provoca una mera suspensión provisional del cumplimiento de la obligación, mientras que la pretensión resolutoria supone el ejercicio de una facultad de configuración jurídica que reporta la modificación de la relación obligatoria por medio de su efecto resolutorio (STS de 5 de noviembre de 2007). Por otra parte, en la aplicación de la *exceptio* resulta suficiente con que la gravedad del incumplimiento revele una quiebra básica o esencial respecto de la exactitud del programa de prestación acordado que, por lo general, seguirá siendo útil a los intereses del acreedor si se cumple satisfactoriamente, mientras que en la dinámica resolutoria la gravedad del incumplimiento debe generar una situación de quiebra básica de los elementos básicos respecto de la posible satisfacción de los intereses del acreedor, a los que dan lugar los llamados incumplimientos esenciales (imposibilidad sobrevinida fortuita, transcurso del término esencial, *aliud pro alio*, imposibilidad de alcanzar los rendimientos o utilidades previstos o la frustración del fin del contrato: STS de 20 de diciembre de 2006).

Sobre esta sentencia, vid. el comentario de Lis Paula San Miguel Pradera en *CCJC*, n.º 94, 2014, pp. 71-98. (*F. J. J. M.*)

12. Retroacción de la quiebra.—La jurisprudencia, desde la STS de 7 de marzo de 1931 y por mucho tiempo, interpretó literalmente el artículo 878.II CCO, entendiendo que bastaba una interpretación literal o gramatical, y proclamaba la nulidad de todos los actos comprendidos en el periodo de retroacción, sin admitir limitaciones ni por razón de las personas afectadas ni por los negocios realizados, llegando incluso en alguna ocasión a dejar sin efecto la eficacia protectora para el tercero hipotecario de la fe pública regis-

tral (SSTS de 17 de marzo de 1958 y 15 de noviembre de 1991), si bien en alguna ocasión desestimó la pretensión de ineficacia del acto impugnado por advertir una clara ausencia de perjuicio para la masa de la quiebra. En el ámbito de las operaciones inmobiliarias, aparecieron algunas sentencias que relativizaron los efectos de esta ineficacia, refiriéndose a la necesidad del fraude (STS de 12 de marzo de 1993) o del perjuicio (STS de 20 de septiembre de 1993), e incluso la STS de 7 de julio de 1998, llegó a reconocer expresamente que no podía interpretarse literalmente este precepto y supeditó la ineficacia a la concurrencia del perjuicio, que vendría representado por un detrimento patrimonial o disminución del haber de la masa.

La ineficacia de los actos realizados por el quebrado en el periodo de retroacción no responde a la naturaleza propia de la nulidad, pues desde el punto de vista dogmático la nulidad aparece referida a los negocios jurídicos que padecen una ineficacia estructural derivada de una irregularidad en la formación del contrato, que se produce *ipso iure* y *erga omnes* de forma definitiva e insubsanable, sin posibilidad de confirmación, y la ineficacia del artículo 878.II CCO no responde a ninguno de los caracteres propios de la nulidad: no es automática, ni originaria ni estructural. Tesis que ha acabado siendo admitida por la jurisprudencia, sobre todo a partir de la STS de 13 de diciembre de 2005, por cuanto se requiere decisión judicial al menos cuando se oponga o resista el actual poseedor a la entrega de los bienes, que por otra parte no pueden ser ocupados por los síndicos, que tampoco pueden, con la sola base del auto que fija la retroacción, cancelar o anular los asientos registrales causados por las transmisiones realizadas durante el periodo de retroacción; o que puede inscribirse una compraventa presentada antes que un auto de declaración de quiebra que retrotraiga sus efectos a fecha anterior; o que en los folios de las fincas enajenadas por el quebrado durante el periodo de retroacción no puede ser anotada la declaración de quiebra acordada en un procedimiento en que no son citados ni oídos los titulares registrales actuales de aquéllas; y esta nulidad tampoco afecta por igual a todos los actos, pues vienen excluyéndose aquéllos que, por corresponder al giro y tráfico ordinario del quebrado, el buen sentido tiene por válidos, ni puede concebirse esta nulidad ni como originaria, pues el acto del quebrado nació correctamente, y no ha podido solicitarse la nulidad hasta la declaración de quiebra y la determinación del periodo de retroacción, ni cabe tampoco calificarla como estructural, pues no proviene de un defecto en origen, sino que se trata de las consecuencias posteriores de un negocio estructuralmente regular. Esta doctrina ya es, en la actualidad, unánime e incontrovertida, pues aparece reiterada con los mismos o parecidos términos en las sentencias posteriores. Una ineficacia de estas características responde a la categoría jurídica de la rescisión, cuyo fundamento último se encuentra en el agravio jurídico patrimonial, de modo que debe considerarse ineficaces sólo los actos comprendidos en el periodo de retroacción que ocasionen un perjuicio para la masa de la quiebra, interpretación que además es acorde con lo previsto en la disposición adicional primera de la LC: la LC deroga el sistema de reintegración previsto en el CCO, e idea una acción de reintegración propiamente concursal, que nace y se extingue con el concurso de acreedores, de naturaleza rescisoria, que funda la ineficacia de los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso en el perjuicio para la masa activa (art. 71.1 LC).

De este modo, en el ámbito de la retroacción de la quiebra, cabría excluir de los efectos del artículo 878.II CCO aquellos actos de disposición del deu-

dor quebrado que sean ordinarios de su actividad empresarial, de modo que en sí mismos no encierran ningún perjuicio, y hayan sido realizados en condiciones normales, esto es, de forma periódica y regular, lo que ahora puede articularse en la práctica teniendo en cuenta el artículo 71.5 LC. Pero el hecho de que el pago impugnado no pueda considerarse un acto ordinario de la actividad empresarial de la quebrada realizado en condiciones normales, no impide que el tribunal aprecie la ausencia de perjuicio, al analizar todas las circunstancias que rodeen al acto impugnado. **(STS de 12 de diciembre de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—*O.*, S.A., como arrendataria, y *A.*, S.A., como arrendadora, firmaron el 4 de febrero de 1994 un contrato de arrendamiento de un edificio por quince años. El 1 de marzo de 2000, cuando aún quedaban nueve años de contrato, ambas partes convinieron la resolución del contrato de arrendamiento y la liquidación de las obligaciones pendientes mediante la fianza entregada en su día por *O.* y un cheque que se libró a favor de *A.*, así como el alquiler de parte del edificio para continuar con el negocio. Quince días después, *O.* solicitó su declaración en estado de suspensión de pagos, si bien el Juzgado que conocía de la suspensión de pagos acordó su archivo y la apertura de la quiebra, fijándose como fecha de retroacción el 1 de enero de 2000.

La sindicatura de la quiebra interesó la nulidad de los pagos realizados al liquidar las deudas pendientes del contrato de arrendamiento, por haber sido realizados durante el período de retroacción de la quiebra. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la sindicatura de la quiebra, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, la demandante interpuso recursos extraordinarios de infracción procesal y de casación, siendo ambos desestimados íntegramente por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

13. Resolución de compraventa. Inaplicabilidad del régimen de los artículos 1182 a 1184 CC a las obligaciones de pagar una suma de dinero.—El régimen de los artículos 1182 a 1184 CC, referido a la pérdida de la cosa debida como causa de extinción de la obligación de entregarla, y a la liberación del deudor cuando lo sea de una obligación de hacer y la prestación resultare legal o físicamente imposible, no es aplicable a obligaciones que no sean de entregar una cosa determinada, hipótesis del artículo 1182 CC, ni tampoco una obligación de hacer, hipótesis del artículo 1184, sino la de pagar una suma de dinero, siendo el dinero una cosa genérica sujeta a la regla de que el género nunca perece, ni cuando lo verdaderamente pretendido en la demanda no era tanto una liberación de la obligación de los compradores de pagar el precio subsistiendo la de la vendedora de entregar la cosa cuanto un desistimiento del contrato, por más que se calificara de resolución y se invocara el artículo 1124 CC, por circunstancias sobrevenidas consistentes. Cuando la jurisprudencia admite la aplicación analógica del artículo 1184 CC a las obligaciones de dar a que se refiere su artículo 1182 (así, SSTs de 21 de febrero de 1991, 29 de octubre de 1996, 23 de junio de 1997 y 30 de abril de 2002) no lo hace para ampliar el ámbito del artículo 1182 a las deudas de dinero, sino para admitir la liberación del deudor de cosa determinada no

solo por la pérdida de esta sino también por la imposibilidad legal o fáctica de entregarla.

Cláusula *rebus sic stantibus* y crisis económica.—La cláusula o regla *rebus sic stantibus* trata de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, cuando la alteración sea tan acusada que aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes o bien acabe frustrando el propio fin del contrato. Reconocida dicha regla por la jurisprudencia, esta se ha mostrado siempre, sin embargo, muy cautelosa en su aplicación, dado el principio general del artículo 1091 CC, de que los contratos deben ser cumplidos (así, SSTS de 10 de diciembre de 1990, 6 de noviembre de 1992 y 15 de noviembre de 2000). Más excepcional aún se ha considerado su posible aplicación a los contratos de tracto único, como la compraventa (SSTS de 10 de febrero de 1997, 15 de noviembre de 2000, 22 de abril de 2004 y 1 de marzo de 2007), y por regla general se ha rechazado su aplicación a los casos de dificultades de financiación del deudor de una prestación dineraria (SSTS de 20 de mayo y 23 de junio de 1997). Más concretamente, en relación con compradores de viviendas que debían pagar el precio en tiempo más o menos próximo al inicio de la todavía subsistente crisis económica, la STS 597/2012, de 8 de octubre, ha rechazado tanto la nulidad por vicio del consentimiento como la resolución por incumplimiento solicitadas sobre la base de que la vendedora se había comprometido a obtener la subrogación de la compradora como deudora hipotecaria, pues el deudor debe prever las fluctuaciones del mercado, amén de apreciarse en la sociedad compradora una finalidad especulativa; y la STS 568/2012, de 1 de octubre, ha rechazado unas pretensiones similares de la compañía mercantil compradora de una vivienda, que igualmente alegaba el compromiso de la vendedora de facilitar la financiación del pago del precio, pues era previsible que el banco no hubiese aceptado la subrogación por falta de solvencia, cuando a la propia compradora se le denegaron los préstamos que directamente solicitó a las entidades financieras.

Ello no significa, sin embargo, que la regla *rebus sic stantibus* haya de quedar descartada en todos los casos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores de inmuebles. Antes bien, una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspectivas prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla (SSTS 27 de junio de 1984, 17 de mayo de 1986, 21 de febrero de 1990 y 1 de marzo de 2007), pero sin que la crisis económica, por sí sola, permita al comprador desistir del contrato, pues en tal caso se produciría un manifiesto desequilibrio en contra del vendedor, se propiciarían los incumplimientos meramente oportunistas, favoreciendo a quien en verdad siguiera interesado en comprar pero por un precio inferior, y se desvirtuaría el verdadero sentido de una determinada solución jurídica hasta el punto de convertirla en un incentivo para el incumplimiento. La posible aplicación de la regla *rebus sic stantibus* a compraventas de viviendas afectadas por la crisis económica no puede fundarse en el solo hecho de la crisis y las consiguientes dificultades de financiación, sino que requerirá valorar un conjunto de factores, necesitados de prueba, tales como el destino de la casa comprada a vivienda habitual o, por el

contrario, a segunda residencia o a su venta antes o después del otorgamiento de la escritura pública; la asignación contractual del riesgo de no obtener financiación y el grado de colaboración prometido por el vendedor para obtenerla, distinguiendo entre contratantes que sean profesionales del sector inmobiliario y los que no lo sean; la situación económica del comprador al tiempo de la perfección del contrato y al tiempo de tener que pagar la parte pendiente del precio que esperaba poder financiar; el grado real de imposibilidad de financiación y sus causas concretas añadidas a la crisis económica general, debiéndose valorar también, en su caso, las condiciones impuestas por las entidades de crédito para conceder financiación; o en fin, las posibilidades de negociación de las condiciones de pago con el vendedor y, por tanto, de mantener el contrato como alternativa preferible a su ineficacia. (STS de 17 de enero de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Entre la mercantil *H. y J., S.A.*, por una parte, y doña *Á.* y don *P.*, por la otra, se concertó un contrato privado de compraventa de vivienda.

Ante la imposibilidad de obtener financiación para pagar la parte del precio, más el correspondiente IVA, estipulada para el momento del otorgamiento de escritura pública y entrega de la vivienda, los compradores instaron judicialmente la resolución del contrato. La demandada contestó a la demanda oponiéndose y formulando reconvencción pidiendo la condena a los compradores al cumplimiento del contrato y al pago de la parte pendiente del precio más los intereses legales desde la interpelación judicial, ante lo que los demandantes calificaron de caso fortuito o fuerza mayor la imposibilidad de conseguir financiación, alegaron la situación existente al tiempo de celebrar el contrato (*rebus sic stantibus*) y la sobrevenida el tiempo de ser requeridos para otorgar la escritura pública.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó totalmente la demanda inicial de los compradores y estimó la reconvencción de la promotora, condenando a aquellos a cumplir el contrato y pagar la cantidad correspondiente a la parte pendiente del precio y el IVA, más los intereses legales desde la interpelación judicial. La sentencia fue apelada por los compradores demandantes, y la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso, revocando la sentencia del Juzgado y desestimó la reconvencción, declarando resuelto el contrato y condenando a los compradores en el sentido de rebajar el importe de la condena. Contra esa sentencia, la promotora demandada interpuso sendos recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, siendo desestimado el primero y estimado el segundo por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

14. Inexistencia de imposibilidad sobrevenida de cumplir la obligación de pagar el precio por falta de entidad bancaria que financie la operación.—Para que se produzca la liberación del deudor por imposibilidad de cumplir la prestación, es necesario que la prestación devenida imposible sea la diseñada a cargo del deudor en el acto constitutivo y no otra. Hay que deslindar la imposibilidad de cumplir la prestación de pagar el precio de compra, que es la asumida por los compradores, de la de obtener financiación banca-

ria. En segundo lugar, es necesario que dicha imposibilidad sea posterior a la celebración del contrato. No es posible atribuir efectos extintivos a los impedimentos sobrevenidos que fueron tomados en consideración por las partes al contratar, o que, razonablemente, deberían haberlo sido, ya para evitarlos o superarlos, ya para evitar o superar sus consecuencias. En un caso similar, la STS de 20 de mayo de 1997 afirmó que la posible dificultad para obtener un préstamo que financie la construcción de la vivienda es una cuestión razonablemente previsible en el momento de celebración del contrato, sin que pueda equivaler a imposibilidad la mayor dificultad de cumplir una obligación.

Cláusula *rebus sic stantibus*.—El Tribunal Supremo recuerda que tanto los ordenamientos de nuestro entorno como los principales textos de armonización y actualización del derecho de contratos (como son los Principios de Unidroit, los PECL o los trabajos de modernización del derecho de obligaciones español) contemplan soluciones para la influencia sobre el contrato de la alteración sobrevenida de las circunstancias. Reconoce el Alto Tribunal que, hasta ahora, la fórmula de la cláusula *rebus sic stantibus* ha sido la más emplea por la jurisprudencia para admitir en nuestro sistema ciertos medios de corrección de la frustración económica del contrato (concretamente, la resolución del vínculo o la modificación equitativa de su contenido) en determinadas situaciones particulares. Finalmente, concluye que no resulta aplicable al caso concreto porque en su demanda, los compradores no hicieron ningún tipo de alegación sobre un cambio de las circunstancias concurrentes al contratar, no bastando a tales efectos una mera referencia a la cláusula en el escrito de contestación a la demanda de reconvencción presentada por la vendedora.

Calificación del contrato. Contrato de compraventa de obra futura.—Cuando el vendedor de una vivienda futura es, además, quien debe antes construirla, particularmente si le corresponde aportar los materiales, se plantea la cuestión de deslindar el contrato de compraventa del de ejecución de obra. Esta calificación depende de cuál de las dos prestaciones debidas (la consistente en el *facere* previo o en el *dare* o entrega posterior de lo ya construido) fue considerada más relevante por las partes, teniendo en cuenta lo expresado al contratar y las circunstancias objetivas concurrentes. Cuando de dicha calificación resulta que se está en presencia de un contrato de compraventa, los compradores no disponen del derecho de desistimiento previsto en el artículo 1594 CC para el contrato de obra. (STS de 18 de enero de 2013; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.—El 28 de abril de 2008 las partes firmaron un contrato privado de compraventa de una vivienda en construcción por un importe de 249.000 euros. En ese momento, los compradores entregaron 36.000 euros como parte del precio convenido. Se pactó un plazo de entrega de la vivienda con posibilidad de prórroga en determinadas circunstancias. Además, para el caso de que los compradores no cumplieran su obligación de pagar el resto del precio aplazado, se estableció, a favor de la vendedora, la opción entre resolver el contrato y retener el 25% de las cantidades entregadas por los compradores o bien exigir el cumplimiento de la deuda pendiente. La misma opción se contempló a favor de los compradores para el caso de que la vendedora no entregara la vivienda en el tiempo establecido. Aunque los compradores pretendieron desistir del contrato, la vendedora insistió en la ejecución del contrato y les

requirió para que recibieran la vivienda y, simultáneamente, pagaran el resto del precio.

Los compradores presentaron una demanda pretendiendo la resolución del contrato y la condena a la vendedora a la devolución de parte del precio entregado (descontando el importe la pena pactada). Para ello se ampararon en la cláusula contractual que contemplaba la facultad resolutoria a favor de la vendedora, alegaron que el cumplimiento de su obligación de pago del precio había devenido imposible porque dos entidades de crédito se habían negado a otorgarles un préstamo hipotecario para financiar la operación.

La vendedora se opuso a la demanda defendiendo que la facultad resolutoria prevista en el contrato lo era a su favor, y presentó una demanda reconvenzional exigiendo el cumplimiento del contrato y el pago del resto del precio. Los compradores contestaron a la reconvenzión haciendo referencia a la situación económica general y a la oportunidad de aplicar a su relación contractual la regla *rebus sic stantibus*.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó la reconvenzión considerando que, ante el incumplimiento de los compradores, la vendedora había optado por exigir el pago del resto del precio. Los compradores presentaron un recurso de apelación que fue estimado por la Audiencia Provincial que dictó una sentencia en la que declaró que el cumplimiento de la obligación de pagar el precio había devenido imposible para los compradores «ante la falta de entidad bancaria que financie la operación» y declaró la resolución del contrato, condenando a la vendedora a devolver las cantidades entregadas descontada la pena pactada. Frente a esta sentencia, la vendedora interpuso un recurso extraordinario por infracción procesal que fue desestimado y un recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, dejando sin efecto la sentencia recurrida y haciendo suyo el fallo de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

NOTA.—Como ya viene siendo habitual, antes de exponer las soluciones que ofrece el ordenamiento español al caso planteado, el Tribunal Supremo hace referencia a textos de armonización y actualización del derecho de obligaciones y contratos y a las soluciones que ofrecen algunos ordenamientos de nuestro entorno. Así, para ilustrar los efectos del cambio sobrevenido de las circunstancias menciona los Principios Unidroit, los PECL y los trabajos de modernización del derecho de obligaciones español, además del CC italiano y del CC portugués. En el caso la imposibilidad sobrevenida de cumplir y sus efectos, acude al CC italiano, al CC portugués y a los textos internacionales de los Principios Unidroit y la CISG. (L. P. S. M. P.)

15. Donación: revocación por ingratitud.—La Sala Primera del Tribunal Supremo mantiene que si bien es cierto que los hechos tipificados como causas de ingratitud en el artículo 648 CC tienen carácter tasado, conforme al principio de legalidad que rige en esta materia (STS de 13 de mayo de 2000, entre otras), no es menos cierto que la literalidad en la descripción o contenido de las causas tipificadas que legitiman instar la revocación de las donacio-

nes sí que puede ser objeto de interpretación. Ello permite a la doctrina y a la jurisprudencia (SSTS de 27 de febrero de 1995 y 5 de diciembre de 2006) afirmar que no es preciso para la aplicación del artículo 648 CC que exista una sentencia penal condenatoria ni tampoco que el procedimiento penal se haya iniciado, sino simplemente que la conducta que se impute tiene que revestir caracteres delictuales. (**ST5 de 18 de diciembre de 2012**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Se realiza una donación de tres inmuebles y posteriormente la donante interpone una demanda solicitando la revocación de la donación por causa de ingratitud de la donataria por imputar ésta a la donante una conducta merecedora de un reproche penal, conforme a lo dispuesto en la causa primera del artículo 648 CC, y subsidiariamente por la denegación indebida de alimentos, conforme a lo previsto en la causa tercera del citado precepto.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y declara la revocación de la donación por causa de ingratitud. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto y confirma en su integridad la sentencia de primera instancia. (*M. J. P. G.*)

16. Crédito al consumo. Crédito gratuito.—Según el Tribunal Supremo, el legislador de 1995 empleó la denominación «contratos de crédito gratuitos» para referirse a todos aquellos contratos en los que el financiador no tenga derecho a exigir al consumidor una retribución bien en concepto de intereses, bien indirectamente o por vía de repercusión. De esta manera, el hecho de que exista un préstamo sin pacto de intereses no supone que sea gratuito para el prestatario. Basta con que el prestamista convenga con el prestador de los servicios una retribución para que la gratuidad quede excluida en el conjunto de la operación, pese a estar expresamente pactada en el respecto del consumidor. Recuerda el Tribunal Supremo que, precisamente, esta interpretación en el conjunto del sistema de protección del consumidor, dio lugar a la reforma del artículo 2 operada por la Ley 62/2003.

Crédito al consumo. Contrato vinculado.—El Tribunal Supremo entra a interpretar el alcance que debe tener el acuerdo de exclusividad que exige la ley que exista previamente entre el financiador y el proveedor de bienes o servicios para que la ineficacia sobrevenida del contrato de consumo afecte al contrato expresamente destinado a su financiación. Sostiene que dicha exclusividad no es incompatible con la posibilidad de que colaboren con el prestador de los bienes o servicios varias entidades financieras, ya que se determina en función de las posibilidades efectivas de que, razonablemente, hubiera dispuesto el consumidor para contratar con otra entidad concedente del crédito. Cuando se determina que la libertad de decisión del consumidor no se ha respetado en este punto, se deben proteger sus intereses extrayendo consecuencias jurídicas de una conexión contractual determinada sin su colaboración. (**STS de 12 diciembre de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.—La *Associació d'Usuaris d'Academies d'Ensenyament no Oficial de Girona i Província* presenta una demanda contra *Cambridge English School*, una empresa dedicada a la enseñanza de idio-

mas, y contra el *Banco Santander Central Hispano* y otras dos entidades bancarias que habían prestado dinero a los clientes para financiar los contratos de enseñanza de idiomas.

En su demanda pretende que determinados contratos de enseñanza de idiomas estaban resueltos desde la fecha en que la empresa de enseñanza idiomas dejó de prestar servicios y, como consecuencia de ello, los contratos de crédito firmados para financiarlos habían devenido ineficaces, al estar estos últimos vinculados con los primeros.

Las dos instancias estimaron las pretensiones de la demanda y el *Banco Santander Central Hispano* interpuso un recurso de casación contra la sentencia de apelación. El recurrente alegaba que los contratos de crédito que había celebrado con los destinatarios de los servicios de enseñanza no estaban sometidos a la entonces vigente Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, básicamente, porque eran préstamos gratuitos y porque no había un acuerdo de exclusividad entre el prestador del servicio y la entidad financiera.

NOTA.—En esta sentencia, el Tribunal Supremo reitera la doctrina contenida en las SSTs de 25 de noviembre de 2009, 19 de febrero de 2010, 1 de febrero, 22 de febrero y 4 de marzo de 2011 y 20 de julio de 2012, todas ellas referidas a la interpretación de los artículos 2.1 letra d), 14.2 y 15.1 letra b) de la Ley 7/1995, de 25 de marzo de Crédito al Consumo, antes de la reforma operada por la Ley 62/2003. Posteriormente, la Ley 7/1995 ha sido derogada por la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo. (L. P. S. M. P.)

17. Accidente de circulación: Secuelas: Incapacidad permanente: Factor de corrección.—A resultas de las lesiones sufridas en accidente de circulación ocurrido el 16 de junio de 2004, el perjudicado ejerció, reclamando la pertinente indemnización más intereses del artículo 20 LCS y costas, la acción directa contra la aseguradora, aportando un dictamen pericial que fijaba el día de alta en la fecha en que el INSS declaró la incapacidad (16 de febrero de 2006), concediendo una puntuación total por secuelas de 37 puntos y valoraba el daño de acuerdo con las cuantías actualizadas para 2006. La entidad aseguradora mostró su disconformidad con la cuantía por entender que la víctima había contribuido culposamente al resultado por no llevar cinturón de seguridad, que el periodo de baja era menos extenso, que las secuelas debían recibir menor puntuación y que el daño debía valorarse en el momento en que ocurrió el siniestro. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, y fijó la indemnización en 145.063,31 euros, descartó la concurrencia de culpa en el accidente y declaró: a) que la baja duró hasta el alta médica el 15 de diciembre de 2005, y no hasta que se declaró la invalidez en el ámbito laboral; b) que para computar las secuelas debía prevalecer la prueba pericial de la actora pues fue el único perito que reconoció personalmente a la víctima; c) que el factor corrector de incapacidad permanente no viene determinado por la calificación laboral, pues también han de ser valorados otros aspectos familiares y personales y no sólo la pérdida de capacidad para trabajar, lo que permite prescindir de la resolución del INSS y atender al resultado de la prueba practicada en juicio civil que acreditaba que la invalidez sufrida solo tiene carácter total y no absoluta porque la víctima

podía valerse por sí misma sin ayuda de terceras personas; d) que en orden a su cuantificación debía estar al año 2005 en que se establece definitivamente las lesiones; y e) que la conducta de la aseguradora en el pleito penal y en el civil en que consignó ciertas cantidades (la suma de 85.978,45 euros, cobrada el 18 de mayo de 2008), y el carácter razonable de su oposición, eran causa justificada para no imponer el recargo por mora. La Audiencia Provincial desestimó el recurso del actor y confirmó la sentencia apelada.

Improcedencia de intereses de demora.—La aseguradora actuó con arreglo a las exigencias impuestas por la regulación singular de la mora en el pago de las indemnizaciones derivadas de accidentes de circulación, sin que existan razones fácticas ni jurídicas para reprochar a la aseguradora que la cantidad consignada en sede penal por importe de 24.683,58 euros no fuera suficiente y que no fuera percibida por la víctima. La sentencia recurrida no declara probado que la compañía conociese la mayor gravedad de las lesiones al tiempo de realizar esa primera consignación en sede penal, por lo que no es posible asegurar que la consignación respondiera a una voluntad más aparente que real de cumplir con sus obligaciones. Además, una vez que la aseguradora solicitó un pronunciamiento judicial sobre su suficiencia ha de entenderse que su conducta se ajustó a las exigencias legales y jurisprudenciales, sin que la inactividad del Juzgado al respecto de declararla o no suficiente pueda operar en contra de dicha entidad. Ulteriormente el procedimiento penal fue archivado exclusivamente por inactividad del perjudicado, que al no formular denuncia en plazo, abocó al archivo de la causa penal, que trajo consigo que la consignación realizada se devolviera a la compañía, la cual expresó por escrito su voluntad de ofrecer en pago dicha cantidad. A mayor abundamiento, incluso en la hipótesis de que se hubieran infringido las anteriores exigencias, también es concorde con la doctrina jurisprudencial que toma en consideración el carácter razonable o fundado de los argumentos de oposición en su conjunto.

Factor de corrección por incapacidad permanente: Esta no depende de la decisión de órganos laborales, administrativos o jurisdiccionales.—El sistema legal de valoración utiliza el término *ocupación o actividad habitual*, y no contiene ninguna referencia a la actividad laboral del afectado. En consecuencia, la apreciación del supuesto fáctico de la norma, presupuesto para el reconocimiento del factor corrector de invalidez permanente, en sus distintos grados, no depende de la decisión tomada en sede laboral por los órganos administrativos o jurisdiccionales de dicho orden al respecto de la incidencia de las secuelas sufridas en la capacidad laboral del perjudicado, pues el sistema permite indemnizar tanto el perjuicio patrimonial ligado a la pérdida de ingresos por la incapacidad laboral como el daño moral ligado a dicha pérdida y, además el daño patrimonial y moral ligado a la falta de aptitud para el desempeño de lo que venía siendo cualquier actividad u ocupación habitual, incluso la de ocio. La sentencia confirma en este punto los hechos probados en primera instancia, donde no solo se descartó que la incapacidad resultante de las secuelas privara al perjudicado de autonomía suficiente para no valerse por sí mismo (lo que excluía la situación de gran invalidez) sino también que la pérdida inherente a las secuelas llegara al extremo de impedirle la realización de cualquier ocupación o actividad habituales desde la perspectiva civil —que no laboral—, a que se ciñe el sistema legal de valoración.

Periodo de incapacidad temporal.—No se aprecia incorrección alguna en la decisión de la Audiencia Provincial de extender el periodo de baja hasta la fecha en que se acordó conceder al perjudicado el alta médica definitiva (15 de

diciembre de 2005), pues en esa fecha se declara probado que las lesiones ya estaban estabilizadas, siendo relevante a tales efectos que las secuelas concretadas en ese instante determinasen ulteriormente el reconocimiento de una situación de invalidez permanente. Y desde el punto de vista fáctico, en la medida en que su fijación en ese día concreto fue el resultado de la valoración de la prueba obrante, integrada al respecto por informes periciales contradictorios, dicha decisión perteneciente al juicio fáctico ajeno a la casación. (**STS de 21 de enero de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—La STS de 9 de enero de 2013, debida al mismo ponente, parecería contradictoria con la sentencia aquí anotada pues a efecto de fijar el *dies a quo* de la acción indemnizatoria ejercitada también en vía directa frente a la aseguradora, señala como decisiva la declaración del INSS. Pero obsérvese que en aquélla se trataba de segundas secuelas, y que la doctrina aplicaba se presentaba más bien como algo excepcional. En todo caso resulta conveniente dilucidar aquí con claridad las fronteras entre lo laboral y lo civil, evitando jurisprudencia aparentemente discordante. (*G. G. C.*)

18. Accidente de circulación: Indemnización por incapacidad permanente: Factor de corrección.—La perjudicada por un accidente de circulación ocurrido el 20 de febrero de 2005, ejercitando la acción directa contra la entidad aseguradora, reclama el máximo reconocido por daños personales (77.639 euros) por el concepto de factor corrector de la Tabla IV en razón a la incapacidad habitual, reconocida por el INSS el 5 de febrero de 2007. El Juzgado de Primera Instancia le concedió únicamente 12.000 euros por el factor corrector, considerando parcial la incapacidad pues sólo hacía unos meses que trabajaba como agente comercial, y las actividades deportivas que ya no podría desarrollar constituían sólo una afición. La Audiencia Provincial calificó la incapacidad de total y fijó la indemnización en 20.000 euros, dentro del primer tercio de la horquilla, no siendo impedimento que la lesionada tuviera 19 años en el momento del siniestro pues las secuelas le impedían la bipedestación prolongada, y para justificar la cuantía valoró el escaso tiempo en que llevaba trabajando, no precisando preparación especial para hacerlo, su juventud en el sentido de la posibilidad de reorientar fácilmente su futuro profesional, y que el accidente había tenido mayor incidencia en la equitación como actividad de ocio que practicaba, que en la profesional.

En el recurso de casación la perjudicada trata de plantear una controversia exclusivamente jurídica, es decir la posible aplicación analógica del criterio de la proporción inversa entre la edad de la víctima y *quantum* indemnizatorio, que el sistema invoca con relación a la Tabla III, para concretar, dentro de la horquilla, la suma de euros que, según la Tabla IV corresponde por el factor corrector de la incapacidad total permanente que le fue reconocida.

Pero la sentencia de la Audiencia Provincial se apoya en datos fácticos incontrovertibles en casación. La razón decisoria de la sentencia recurrida no desconoce el dato de la edad, ni se apoya exclusivamente en la irrelevancia de la juventud de la víctima, sino que toma en cuenta la edad —factor que debe tenerse en cuenta, pero no de forma proporcional o matemática—, junto a otros aspectos fácticos, directamente relacionados con la valoración probatoria y por tanto ajenos al recurso de casación, de forma que fueron todos ellos en su conjunto los que sirvieron de soporte al juicio jurídico expresado en la

sentencia respecto del concreto alcance del incremento que debía corresponder al grado de incapacidad reconocido a la víctima. Lejos de prescindir del valor de la juventud, este dato fue tomado en consideración precisamente para hacer un juicio prospectivo que no cabe tildar de ilógico o irracional, sobre las mayores posibilidades que tenía de reorientar su vida profesional respecto de otra persona de superior edad. El motivo no puede prosperar por presentar una controversia jurídica artificiosa, que oculta la mera disconformidad de la parte recurrente con los aspectos fácticos que justificaron la decisión en instancia, la cual cabe calificar de razonable y proporcionada, sin que se demuestre una desproporción en la apreciación de la incapacidad permanente, acertadamente elevada por la Audiencia Provincial al grado de total. (STS de 9 de enero de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—La doctrina jurisprudencial aquí reiterada estimula a las partes a dilucidar en la instancia todas las cuestiones fácticas relativas a la cuantificación del daño, ya que la Sala 1.^a solo entra en el delimitado campo de los aspectos jurídicos que permite el sistema y autoriza la LEC, lo que en general resulta de aprobar. (G. G. C.)

19. Accidente de circulación: Acción directa del perjudicado: Declaración de incapacidad laboral por segundas secuelas: Prescripción: *Dies a quo*.—Según reiterada jurisprudencia la determinación del *dies a quo* en el cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones presenta una doble dimensión, fáctica y jurídica. El juicio fáctico ligado a la valoración probatoria corresponde en principio a la Audiencia Provincial, en ejercicio de sus facultades exclusivas, y no es revisable en revisión. Por el contrario, la apreciación desde el plano jurídico permite a esta Sala revisar la decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables. Cuando de secuelas se trata, el referido criterio se traduce en que la prescripción de la acción se inicia con la determinación del alcance de las secuelas o de los defectos permanentes originados, pues hasta que no se determina ese alcance no puede reclamarse por ellas (SSTS de 13 de julio de 2003, 14 de julio de 2008, y 20 de mayo de 2009). Por regla general, el conocimiento del daño sufrido lo tiene el perjudicado al producirse el alta definitiva, en la medida en que en esta fecha se declaran estabilizadas las lesiones y se concretan las secuelas o, lo que es igual, se determina en toda su dimensión el daño personal y los conceptos objeto de indemnización, valorándolo con arreglo a las cuantías actualizadas vigentes para todo el año en que se produjo.

Doctrina compatible con la establecida en jurisprudencia más reciente (SSTS de 25 y 26 de mayo de 2010, 11 de febrero y 20 de septiembre de 2011, y 22 de febrero de 2012), según la cual si de las lesiones causadas por el hecho generador de la responsabilidad civil extracontractual que se reclama se derivan secuelas determinantes de incapacidad permanente, cuya fijación no se concreta en el momento del alta definitiva sino que se precisa de una resolución posterior, el plazo anual de prescripción de dicha acción aquiliana no ha de comenzar a completarse hasta que no recaer resolución firme (ya sea en vía administrativa, si no se impugna, o en vía judicial si fuese necesario agotar ésta para dilucidar definitivamente la contienda al respecto) concretan-

do tal situación de invalidez, en el grado que corresponda, por ser entonces, y no en la fecha del alta, cuando el perjudicado tiene perfecto conocimiento del daño sufrido. En aplicación de este último criterio jurisprudencial esta Sala ha declarado que si se ha seguido expediente para dirimir definitivamente cuáles han sido las consecuencias de repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador o si el demandante no se hubiera conformado en su día con la reclamación administrativa correspondiente sobre el grado de su incapacidad, el día inicial del plazo de prescripción es aquel en que se resuelva definitivamente la reclamación del perjudicado contra la decisión administrativa correspondiente sobre el grado de su incapacidad, pues solo entonces podrá detallar en su demanda civil el definitivo daño sufrido.

Esta doctrina es coherente con la que impone interpretar restrictivamente la prescripción, al no estar basada en principios de estricta justicia, sino de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio del derecho (SSTS de 14 de marzo de 2007, 6 de mayo de 2009 y 24 de mayo de 2010), y obedece, en atención al principio de indemnidad, a la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido en situaciones en que no ha podido hasta entonces determinarse en su totalidad el alcance de su daño, por causas no imputables a su persona o comportamiento (SSTS de 12 de junio de 2009 y 25 de mayo de 2010).

De conformidad con esta doctrina, la STS de 7 de octubre de 2009, fijó el día inicial del cómputo en la fecha de notificación al demandante de la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ, que desestimó su recurso de suplicación; la STS de 24 de mayo de 2010, en la fecha del auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que declaró la firmeza de la s. de suplicación; y la STS de 25 de mayo de 2010, en la fecha de la sentencia firme que puso fin al procedimiento laboral.

En aplicación de la misma, ha lugar a estimar el recurso de casación, pues no fue con el alta médica, ni con el informe forense, ni con el título ejecutivo elaborado con base en este informe, cuando el perjudicado pudo tener conocimiento del efecto de invalidez de sus secuelas, sino que tal conocimiento cierto, seguro y exacto de la entidad de los perjuicios lo obtuvo con la resolución judicial firme que agotó la vía jurisdiccional laboral, dado que fue esta resolución la primera que se pronunció a favor de ligar el cuadro clínico del lesionado, integrado por múltiples patologías, con un agravamiento de las secuelas iniciales y con una incapacidad permanente absoluta desde la perspectiva laboral, más allá de que también sea objeto de discusión en este procedimiento civil la vinculación causal de esa invalidez laboral declarada con el accidente de circulación sufrido el 10 de noviembre de 1999.

Fijado así el día inicial del plazo de prescripción, no se discute que fue válidamente interrumpido mediante sucesivos requerimientos extrajudiciales a la entidad aseguradora.

Reposición de actuaciones procesales.—No pudiendo tenerse ya la acción civil por prescrita, habiéndose estimado totalmente el recurso de casación, procede la devolución de actuaciones a la Audiencia Provincial para que dicte nueva sentencia en la que se pronuncie sobre el resto de cuestiones planteadas; y ello en atención a que otra solución distinta traería consigo que el asunto quedara privado de la segunda instancia, y que esta Sala, desnaturalizando su función de órgano de casación y mediante un procedimiento no adecuado para la revisión total de los problemas probatorios del litigio, tuviera que proceder a una nueva valoración de la prueba. (STS de 9 de enero de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Una simple constatación permite comprobar que al dictarse esta sentencia se habían superado el plazo de 12 años desde que ocurrió el accidente de circulación, origen de la reclamación judicial, y que ahora, pese a estimarse el recurso de casación, tampoco se resuelve definitivamente el litigio por aplicarse —según razonada argumentación— la doctrina jurisprudencial de la reposición de actuaciones. También se advierte que, en buena parte, el origen de la dilación procedimental se debe —supuesto no demasiado frecuente—, a una actuación singularmente activa y diligente del perjudicado (que acudió sucesivamente a las vías penal, laboral y, definitivamente, civil): luego, si se produce excesiva dilación en la tramitación, cabría concluir *sibi imputet!* Pero la lectura de los prolijos fundamentos de derecho conducen pragmáticamente a la necesidad de buscar procedimientos que simplifiquen el trámite, pues una justicia tardía —¿cuánto tiempo tardará todavía en resolverse el eventual recurso contra la nueva sentencia de la Audiencia Provincial?—, pierde y ensombrece toda la aureola de calidad y preciosismo de que pueda estar adornada la doctrina jurisprudencial. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

20. Propiedad intelectual. Encargo de obra para ubicarla en una localización específica. Derecho moral del autor a que no se modifique la integridad de su obra. Ponderación de los intereses en juego: no llega hasta la posibilidad de justificar la oposición a su exhibición en otro entorno de modo absoluto y sin considerar las circunstancias.—La escultura creada no está concebida para ser exhibida en un lugar distinto de aquel en que se pactó el emplazamiento. El derecho a la integridad de la obra del recurrente, por tanto, se extiende a la tutela de la ubicación de la obra en el emplazamiento para el que fue creada. Otra respuesta merece, en cambio la pretensión de condena a que la obra no pueda ser ubicada en otro enclave. El derecho del autor no tiene carácter absoluto e ilimitado y no prevalece sobre el derecho del propietario de tal forma que, en caso de discordancia, no puede imponerse al dueño de la obra sacrificios desproporcionados susceptibles de ser encuadrados en el abuso que nuestro sistema repudia (art. 7 CC). Estos límites se acentúan cuando la obra se crea para ser exhibida en un espacio público. En tal caso, el autor desde el primer momento, debe conocer que su destino es el uso social y que va a integrarse en la ciudad y formar parte del urbanismo y que a las limitadas facultades dominicales del propietario del soporte se superpone la obligación de tutelar el interés público que, en algunas ocasiones, autoriza la expropiación de bienes materiales y, en otras, sin perjuicio de su eventual derecho a ser indemnizado de acuerdo con los criterios clásicos del daño moral, puede exigir el sacrificio en mayor o menor medida de derechos morales —modificaciones urbanísticas, alteraciones de las características físicas o paisajísticas del entorno, etc. e incluso razones simbólicas—. Además, no cabe descartar, en principio, que exista la posibilidad de situar la obra en un entorno que no implique interferencia en el diálogo entre el autor y el público mediante la obra de arte. En el caso concreto, la inexistencia de datos sobre un posible cambio de emplazamiento en el futuro, y, consiguiente falta de prueba sobre la eventual interferencia del

mismo en la integridad de la obra, es determinante para que el Tribunal Supremo confirme la decisión de la Audiencia Provincial y se desestime el recurso en este extremo concreto. (STS de 18 de enero de 2013; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—Un Ayuntamiento encarga a un escultor (demandante) la realización de una escultura en bronce, y, entre las manifestaciones suscritas en el correspondiente contrato, figura que la escultura fue encargada «para su posterior ubicación en la localidad, en una dirección concreta, y que el Ayuntamiento se comprometía a contar con el escultor para la decisión del entorno inmediato en que se ubicaría la escultura. La escultura se colocó en el lugar para el que había sido concebida, pero, con posterioridad, se aprueba una modificación urbanística del centro de la localidad, que implicaba desplazamiento y alteración de los parques céntricos y la retirada de la escultura del cruce de calles en que se hallaba ubicada.

La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda y declaró que las partes se habían comprometido a que la estatua se colocase en el lugar concreto, pero rechazó la condena a mantener la estatua en su ubicación y todo lo referente al derecho de autor. La sentencia de la segunda instancia, estimó la acción de prohibición de modificar el emplazamiento de la escultura en relación con el contrato. Pero desestimó la demanda por falta de prueba de violación del derecho moral del demandante a la integridad de la obra. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el demandante. (S. M. S.)

21. Propiedad intelectual. Plagio: existencia. Protección de la obra: requiere acreditar la existencia de la obra.—Para la protección de una obra, en cualquier caso es necesario probar la existencia de la obra, entendida no como un conjunto de ideas o de información que el autor pudiera llegar a tener en su mente, sino en la medida en que consta exteriorizada «por cualquier medio o soporte, tangible o intangible» (art. 10.1 TRLPI). El recurso hace supuesto de la cuestión porque parte de la consideración de que en los autos ha quedado acreditado que el demandado había creado en 1998 la obra que más tarde publicó en el artículo titulado «La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores», en el Libro Homenaje XXX del año 2007. Y en la sentencias de instancia no sólo no se declara probada esta circunstancia fáctica, sino que el tribunal analiza la prueba y expresamente concluye que el demandado no ha probado que esta obra hubiera sido creada antes de que la actora depositara su tesis doctoral y luego la publicara. Con ello, la Audiencia no contradice que una obra merezca ser reconocida como tal desde su creación, ni muchos menos lo supedita a su divulgación, sino que se limita a apreciar la falta de acreditación del hecho fáctico de que la obra fuera creada en el año 1998. (STS de 27 de diciembre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La actora, doña M.A. es autora de la tesis doctoral titulada «Responsabilidad civil derivada del folleto de emisión de valores negociables», que fue dirigida por el demandado, don R. La

tesis se depositó y leyó en el año 1999, y en el año 2001 fue publicada. Don R. publicó en el Libro Homenaje XXX, editado en el año 2007, un artículo titulado «La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores». Doña M.A. demanda a don R., argumentando que este artículo del Sr. R. constituía un plagio de la obra de su tesis. La sentencia de primera instancia concluye que ha existido plagio. La Audiencia Provincial, en apelación, desestima el recurso interpuesto por el demandado. El Tribunal Supremo decide desestimar el recurso de casación interpuesto por el demandado y apelante. (S. M. S.)

22. Propiedad intelectual. Límite de recopilaciones periódicas en forma de reseñas, revista de prensa o recopilaciones de artículos periodísticos: no concurre. Utilización periódica, no consentida y para formar parte de determinados programas de televisión, de imágenes y contenidos emitidos por la actora, llegando a alcanzarse un uso de hasta el treinta por ciento de programas de la demandada.—Tras la reforma, por Ley 23/2006, del artículo 32 apartado 1 TRLPI, resulta que la cita —que, según su específica regulación, reclama el cumplimiento de ciertos requisitos para ser considerada límite— alcanza a las «recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa» —con la concurrencia de aquellos que sean compatibles con la naturaleza de éstas—. Y que no alcanza a las recopilaciones «de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción» cuando dicha actividad «se realice con fines comerciales», ya que, en estos casos, la existencia de una oposición expresa del autor elimina el límite, en tanto que su falta convierte el derecho de exclusión en otro de simple remuneración. De ello resulta la procedencia de negar que la actividad de la recurrente estuviera amparada por el derecho de cita. En primer término, la recopilación no se exteriorizó en forma de reseña, dado que ésta, aunque pueda tener por objeto obras audiovisuales, se caracteriza por consistir en una síntesis o resumen y no comprende las reproducciones de imágenes y sonidos de una grabación audiovisual ajena que alcance la extensión señalada por los tribunales de las dos instancias (hasta el 30% del programa de la demandada). Hay también que excluir la recopilación en forma de revista de prensa, pese a ser también admisible en el ámbito audiovisual —ya que el fin de la incorporación— que, se ha de tomar en consideración para justificar su medida, por imperio de la misma norma, y ese fin —que no puede ser otro, tratándose de revistas de prensa, que el de informar— se ha visto superado con creces.

Por último, no cabe hablar de una recopilación de artículos periodísticos —a que se refiere la parte del texto introducida por la Ley 23/2006—, dado que tal género es propio de la prensa escrita, en cuanto texto, de estructura libre, en el que se interpretan, comentan o critican ideas o hechos actuales, relevantes desde el punto de vista del autor. (STS de 14 de enero de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—GT, S.A. ejercitó en la demanda contra GIALS, SA, acción declarativa de las infracciones consistentes en la utilización periódica, no consentida y para formar parte de determinados programas de televisión, especialmente intensa en alguno, de imágenes y contenidos de los que habían sido emitidos por ella y eran objeto

de aquellos derechos. También ejercitó acciones de condena de la demandada a cesar en tal actividad y a indemnizarle en los daños y perjuicios. Las acciones fundadas en la legislación relativa a la propiedad intelectual fueron estimadas en las dos instancias. Contra la sentencia de la Audiencia Provincial interpuso recurso de casación la demandada. El Tribunal Supremo lo desestimó. (S. M. S.)

23. Propiedad intelectual. Límite de cita: no concurre; requisitos del artículo 32 LPI. Empresa reprográfica que realizaba copias de las lecturas que figuraban como elenco bibliográfico recomendado a los alumnos universitarios: copia ilícita de obras protegidas.—De conformidad con el artículo 32.1 TRLPI, el límite conocido como cita convierte en lícita la inclusión en una obra propia, con determinados fines, de fragmentos de obras ajenas ya divulgadas. No se trata de calificar el comportamiento de los profesores universitarios, supuestos utilizadores de las citas, sino el de la demandada, titular de una empresa de reprografía y artífice de las copias de obras protegidas. Por tal razón, la referencia a la cita solo puede interesar indirectamente. El Tribunal Supremo admite que la recurrente niegue que los profesores universitarios hubieran creado obra alguna, y, en concreto, que merezcan tal consideración los listados de lecturas recomendadas a los alumnos, los cuales los entregaban a la demandada para hacer efectiva la reproducción. E igualmente que se haya producido incorporación de los textos ajenos a la supuesta obra de los profesores. Es más, no hay datos —en la medida en que la casación permite tomarlos en consideración— que posibiliten entender probado que tuvieron, en algún caso, un contenido más creativo que el elemental que ha sido señalado por la recurrente.

Además, hay base para entender, que no hubo incorporación alguna de parte de obra ajena a la supuesta —y prácticamente desconocida en sus detalles— de los profesores. La demandada producía copias de partes de los libros, revistas o periódicos, que los docentes pretendían fueran estudiados por sus alumnos, separándolas de los propios apuntes o lecciones, aunque después se uniesen a ellos materialmente. Por tanto, no cabe entender bien aplicado el límite.

Límite de ilustración para la enseñanza: no concurre.—El tribunal de apelación no podía haber considerado aplicable el límite de ilustración de la enseñanza (art. 32.2 LPI), por cuanto dicha norma había sido incorporada al texto refundido por la Ley 23/2006, y, por lo tanto, con posterioridad a la ejecución de los actos de reproducción imputados a la demandada. Es cierto que el límite estaba ya previsto en el art.10.2 del Convenio de Berna, pero en términos que dejaban a la decisión de los legisladores nacionales su incorporación. También el artículo 5.3.a de la Directiva 2001/29 contempló, entre otras excepciones, la ilustración con fines educativos o de investigación científica (arts. 2 y 3). Pero lo hizo atribuyendo a los Estados miembros un amplio margen para incluir o mantener límites relacionados. (STS de 9 de enero de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—CEDRO demanda a ACV, S.L., pretendiendo la declaración de que ACV, S.L., que había prestado servicios de reprografía a diversas Facultades de la Universidad de La Laguna, había infringido los mencionados derechos al producir, mediante fotocopia y sin autorización, partes de libros y revistas de estudio

de su repertorio, para la posterior venta de las copias a los estudiantes. También solicitaba la condena a cesar en la actividad infractora y a indemnizarle en los daños y perjuicios causados. Las pretensiones de la demandante fueron rechazadas en las dos instancias. Contra la sentencia de segundo grado, interpuso la demandante recurso de casación que se estima por el Tribunal Supremo. (*S. M. S.*)

24. Propiedad intelectual. Derechos de explotación: transformación de la obra y obra derivada; se estima. Comercialización como ringtones polifónicos, monofónicos y en tono real. Incorporación en una base de datos como transformación.—No cualquier arreglo musical puede considerarse una obra derivada, y, por tanto, constituir una transformación. Para ello debe suponer una aportación creativa que reúna suficiente originalidad, que puede afectar al elemento melódico o a otros aspectos, como los armónicos, rítmicos, de instrumentación, etc.

El recurso no cuestiona que las adaptaciones de estas canciones en tonos monofónicos y polifónicos constituyen transformación de obra originaria. El recurso tan solo cuestiona las adaptaciones en «tono real». En ellas, se produce una simplificación de la riqueza tímbrica de la originaria. A la postre, esa «modificación» lleva a concluir que se trata de una transformación de la obra musical originaria.

Aunque pudiera tener razón el recurso en que la modificación que supone «la simplificación de la riqueza tímbrica» no tiene entidad para considerarla, por sí, actividad de transformación, a la postre resulta relevante, pues el acto de transformación se apreció en la sentencia recurrida también por la incorporación del fragmento de esa obra musical en la base de datos de la demandada. (**STS de 18 de diciembre de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La empresa E.P.S, S.A. demanda a B.M., S.A. por la explotación incontestada en formato «ringtones» de tres obras de su repertorio, a la vista de que, en su opinión, tal utilización supone su fragmentación, en determinadas ocasiones, transformación e incorporación a una base de datos, para su posterior comercialización. La demandada se defendió oponiendo que había obtenido la preceptiva licencia de SGAE que cubría los actos de reproducción y comunicación pública. La sentencia de primera instancia declara la infracción de los derechos de propiedad intelectual de transformación. En segunda instancia, la Audiencia Provincial ratifica la valoración realizada por el juez mercantil. Frente a esta última sentencia, la demandada recurre en casación. (*S. M. S.*)

DERECHO DE FAMILIA

25. Divorcio: Guarda y custodia atribuida a la madre: Falta de motivación.—La simple lectura de la resolución recurrida evidencia que la motivación existe. Cosa distinta es que el padre esté, o no, de acuerdo con los razonamientos expresados, pero ello no es razón para la anulación de la sentencia. Según reiterada jurisprudencia, la motivación debe ser suficiente para cada caso concreto y de acuerdo con las cuestiones que se planteen, de modo

que ha de poner de manifiesto la *ratio decidendi* (STC 8/2001) y, además, que exteriorice el fundamento de la decisión adoptada, permitiendo su eventual control jurisdiccional mediante el ejercicio efectivo de los derechos (SSTS de 16 de junio de 2009 y 13 de julio de 2012, entre otras). La sentencia dice, además, que los hijos están adaptados a la situación actual de presencia mayoritaria de la madre con un régimen de visitas muy amplio para el padre y que aunque éste tiene capacidad para ostentar la guarda y custodia no hay motivo para cambiarla, y, tras analizar los efectos positivos de la guarda y custodia compartida, niega que constituya una solución única que valga para todos los supuestos de ruptura matrimonial y sostiene que la situación actual de falta de entendimiento y flexibilidad impide que pueda establecerse en un contexto en el que ha funcionado entre los cónyuges un régimen de guarda, custodia y visitas, desde la fecha de la separación de hecho.

No se justifica el cambio de régimen de guarda y custodia.—En realidad lo que el padre persigue es un cambio del régimen que los cónyuges, al separarse de hecho, establecieron de común acuerdo en septiembre de 2008, habiendo cambiado sólo el interés del progenitor que no lo ostentaba en la práctica, de hacerse cargo de los hijos en exclusiva, con un amplio régimen de visitas para la madre, y ante su denegación en la instancia, hacer valer la pretensión subsidiaria de que sea compartida. La doctrina jurisprudencial sobre esta última recuerda que en estos litigios sólo puede examinarse si el Juez *a quo* ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente la conveniencia de que se establezca, o no este sistema de guarda. Pero la argumentación del recurso se limita a hacer valer las habilidades del padre, que no se discuten, para asumir los menesteres de guarda e imponer en su vista una solución jurídica distinta que ya fue rechazada en la instancia, porque el sistema establecido inicialmente por ambos cónyuges no sólo ha funcionado correctamente, sino que los menores se encuentran adaptados al mismo y es beneficioso para ellos. Como reitera la jurisprudencia, la guarda y custodia compartida se concibe como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda (SSTS de 23 de febrero y 11 de marzo de 2010, y 7 de julio de 2011).

Pensión compensatoria.—No se concede únicamente por la simple constatación de un efectivo desequilibrio económico, producido en uno de los cónyuges con motivo del divorcio, en atención a los ingresos del otro. La Audiencia Provincial toma también en especial consideración la duración del matrimonio (celebrado el 23 de agosto de 1988), la edad de la beneficiaria (nacida el 2 de junio de 1967), su dedicación a la familia y la inestabilidad laboral. Todos estos factores le han permitido formar la convicción respecto de la necesidad de reconocer a la esposa el derecho a una pensión compensatoria en cuantía de 250 euros mensuales; y esta solución no resulta irracional o ilógica, ni se asienta en parámetros distintos de los que señala la jurisprudencia (**STS de 10 de diciembre de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—No sé si resulta convincente la declaración de que la guarda y custodia compartida no representa un premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda. En el supuesto examinado parece que el padre está bien capacitado para desempeñarla, pero se requiere algo más. Desde la reforma de 2005 estamos

ante un cambio legal de criterio para atribuir la guarda conjunta como regla general. Hay tribunales de instancia aferrados al criterio tradicional de establecer por principio la guarda materna y, sólo de modo excepcional, la paterna. El Tribunal Supremo va elaborando una doctrina jurisprudencial, a veces estableciendo nuevos esquemas, otras consolidando gradualmente avances, guiado siempre por el principio del bien de los hijos. En el presente caso es de aprobar la solución del recurso, aunque inicialmente parece que los cónyuges, dada su actitud, hubieran podido pactar la guarda compartida sin dificultad. Lo que de hecho convinieron entonces (guarda materna con amplio régimen de visitas) ha funcionado aceptablemente durante varios años, se acepta por los hijos menores y según los peritos resulta beneficioso para ellos. Luego: *nihil innovetur!* (G. G. C.)

26. Divorcio: Pensión compensatoria solicitada por el marido: Ausencia de desequilibrio.—En este caso, y en contra de la tesis del recurrente, no se ha probado que la diferencia de ingresos entre los cónyuges traiga causa directa del sacrificio asumido por el marido durante el matrimonio por su mayor dedicación a la familia, y en concreto por el cuidado del hijo menor común, ni que este sacrificio se encuentre también en relación directa con el progresivo incremento de los ingresos de la esposa por su trabajo durante el tiempo que duró el matrimonio (exclusión hecha de los ingresos o rendimientos derivados de bienes y derechos de los que ya disfrutaba antes del matrimonio y que tienen que ver con su superior estatus social y familiar). Tanto la Audiencia Provincial como el Juzgado coinciden en que el solicitante tiene suficiente cualificación y aptitud profesional para llevar una vida independiente desde el punto de vista económico, conclusión asentada en datos fácticos que no es posible revisar en casación. Además, el solicitante es una persona joven (39 años en el momento de la ruptura) que en ningún momento ha esgrimido (ni han sido acreditados) problemas de salud que le impidan continuar la misma actividad profesional que vino desempeñando sin mayor problema durante el tiempo de duración del matrimonio (7 años), ni se ha declarado probado en ninguna instancia que la relación matrimonial se convirtiera en obstáculo para el desarrollo profesional del marido, como no lo fue para la esposa, ni que fuera motivo de pérdida de derechos económicos o expectativas que de no mediar dicho vínculo pudiera haber obtenido. Por tanto cabe considerar como razonable la conclusión a la que se llegó en la instancia en cuanto que el matrimonio no supuso una rémora para ninguno de los esposos y la situación de cada uno al término de su relación más tenía que ver con los méritos, capacidades y aptitudes individuales o con factores ajenos o preexistentes (la procedencia socio-familiar de la esposa) que con la pérdida o el sacrificio que uno de ellos hubiera tenido que asumir en beneficio del otro. Por ello resulta de plena aplicación la doctrina que alude a que la simple desigualdad económica, cuando no es consecuencia de la mayor dedicación a la familia de uno de los esposos, no determina un automático derecho de compensación por vía del artículo 97 CC, y a que el principio de dignidad contenido en el artículo 10 CE debe servir de argumento para justificar la independencia económica de los cónyuges una vez extinguido el matrimonio, a salvo los casos previstos en el artículo 97. (**STS de 4 de diciembre de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—La sentencia extractada contempla uno de los escasos supuestos en que es el marido el que solicita pensión compensatoria cuyo único *desmerecimiento* parece ser el de haber contraído matrimonio con mujer de elevado rango social. Una primera lectura del artículo 97.1 CC permitiría concluir que, en apariencia, tal cónyuge resulta lógico candidato a percibir una pensión posdivorcio (indudable descenso de estatus social, frente a conservación del mismo en su ex-esposa; lógico empeoramiento de situación económica del marido respecto a la época de casado). El reclamante aduce un ejemplo concreto: antes del divorcio su despacho profesional figuraba en un inmueble de la familia de la esposa que ha debido abandonar después del divorcio, careciendo de medios para adquirir o alquilar otro. El cambio de estado civil acarrea evidentemente al marido la indudable pérdida del disfrute de ventajas, beneficios, expectativas, etc. unidas al título de «Esposo de N.N.». Como colofón se hace, un tanto sorprendentemente un llamamiento a la responsabilidad social del divorciado para vivir en adelante «con el sudor de su frente». ¿Se reiterará en adelante tal llamamiento a las ex-esposas a quienes se deniegue, por cualquier causa, la pensión compensatoria? (G. G. C.)

27. Pensión compensatoria: Extinción solicitada en juicio de divorcio posterior a separación consensuada que la estableció como indefinida: Falta de motivación.—La sentencia de apelación circunscribe la controversia a la cuestión de la posible extinción de la pensión compensatoria concedida a la esposa en pleito de separación, que los cónyuges pactaron de mutuo acuerdo en convenio regulador, centrándose en analizar si procede constatar la existencia del supuesto previsto en el artículo 101 CC consistente en el cese del desequilibrio, al no constar ninguna de las otras dos causas de extinción. En el plano fáctico, en el ejercicio de su soberana competencia la sentencia declara probado que los cónyuges pactaron de mutuo acuerdo la pensión complementaria (375.000 pesetas mensuales, equivalentes aproximadamente a 2.245 euros), que liquidaron el régimen ganancial adjudicándose el haber común, que complementaron la liquidación con un régimen privado de la misma fecha, que el matrimonio duró escasamente cinco años, y la falta de reincorporación a su trabajo de la perceptora de la pensión después de haber expirado el plazo de excedencia voluntaria solicitado y de haber alcanzado la única hija del matrimonio la mayoría de edad. En el plano jurídico, la sentencia expone la valoración que le merecen los anteriores hechos, para concluir que no ha lugar a apreciar la referida causa de extinción, toda vez que persistían las bases económicas determinantes del desequilibrio objeto de compensación, precisando al respecto, de una parte, que la liquidación de la sociedad conyugal efectuada después de la ruptura, y el consiguiente reparto por mitad del haber ganancial es compatible con el empeoramiento económico sufrido por la esposa con relación al estatus económico del que venía disfrutando durante el matrimonio, y de otra que carece el recurrente de base legal para pretender la extinción de la pensión por el mero transcurso de tiempo, dado que la pensión indefinida, en la cuantía convenida, se fijó de mutuo acuerdo en contemplación a tal situación de desequilibrio, a partir de los datos y circunstancias sobre la duración del matrimonio, dedicación de la esposa a la familia y posibilidad de reintegrar-

se al mercado laboral en orden a obtener ingresos con los que superar aquella, de los que el esposo era conocedor, así como en función de acontecimientos posteriores (mayoría de edad de la hija común) que entraban en lo previsible. Por lo tanto, la sentencia no adolece de motivación suficiente de la decisión adoptada, contraria a la extinción.

Pensión pactada como indefinida: No es susceptible de extinguirse por el mero transcurso del tiempo: Subsistencia del desequilibrio.—Entrando en el fondo, los hechos probados de los que necesariamente ha de partirse en casación, indican que los esposos decidieron libremente, de mutuo acuerdo, fijar una pensión compensatoria a favor de la esposa en convenio regulador de la separación, a la luz de las mismas circunstancias, reveladoras de la desigualdad de ingresos (dada la notable posición de su marido, registrador de la propiedad), y de la existencia de un desequilibrio para la esposa con origen en la pérdida de los derechos económicos o legítimas expectativas a consecuencia de su mayor dedicación a la familia, que subsistían al tiempo de formularse la solicitud de extinción de dicho derecho. En este sentido, como afirma la Audiencia Provincial, lo verdaderamente relevante es que la situación de desequilibrio se apreció a pesar del resultado del reparto de bienes efectuado al liquidarse en el mismo convenio el régimen económico (complementado por otro acuerdo privado de esa misma fecha), y a pesar también de la previsible reducción de la dedicación de la madre al cuidado de la hija común, de manera que ni la situación económica resultante de ese reparto ni la futura independencia económica de la hija fueron óbices para que el hoy recurrente aceptara pagar una pensión a la esposa sin límite temporal alguna en su percepción (aun cuando antes de la reforma de 2005, era legalmente posible hacerlo). En esta tesitura, no habiéndose probado otras circunstancias, y, en particular, el supuesto desinterés de la esposa en reincorporarse al mercado laboral, sólo cabe compartir la conclusión a que llega la Audiencia Provincial, en cuanto a que la pensión se pactó con arreglo a las mismas bases económicas que podían ser constatadas en el momento de instarse su extinción, lo cual la jurisprudencia ha descartado que puede acontecer por el mero transcurso del tiempo. (STS de 10 de diciembre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Llama la atención la relativamente elevada cuantía de la pensión convenida por los cónyuges (375.000 mensuales de las antiguas pesetas), así como la breve duración quinquenal del matrimonio, todo ello con carácter indefinido. ¿Pudo influir la cualificación profesional del marido? En todo caso no se ha probado en la instancia que hayan cambiado las circunstancias contempladas en el momento de pactar aquella (en el que incluso pudo preverse lógicamente la llegada a la mayoría de edad de la hija común que había quedado a cargo de la madre). Una conclusión se deduce: la pensión compensatoria indefinida no se extingue por el mero transcurso del tiempo. (G. G. C.)

28. Liquidación del régimen matrimonial: Partición de bienes indivisos: Falta de motivación.—La sentencia no adolece de falta de motivación porque ofrece una respuesta suficiente sobre las razones por las que declara extinguido el uso que se le atribuyó en su momento valorando todas las circunstancias que se tuvieron en cuenta desde que se dictaron las resoluciones

que lo reconocían (explotación del negocio familiar y atribución de la guarda y custodia de uno de sus hijos), hasta el momento en que se acordó la división del inmueble, sin que se advierta contradicción alguna en su argumentación pues una cosa es que reconozcan los usos anteriores y otra distinta el valor que tengan en este momento como resultado de la división.

Incongruencia.—Mediante la remisión a la sentencia del Juzgado, se pronuncia sobre el carácter divisible del inmueble, valorando tanto las circunstancias meramente físicas, como las jurídicas o económicas. Así dice que el inmueble puede ser dividido en dos propiedades, una en planta baja, y otra en planta alta compartiendo el trastero y las terrazas, siendo ésta la óptima desde el punto de vista económico, jurídico e inmobiliario, sin que las obras de reforma alcancen un valor importante respecto del valor del inmueble, al ser el valor del edificio muy superior a la obra. Por todo ello, la sentencia no puede tacharse de incongruente.

Doctrina jurisprudencial sobre la *actio communi dividendo*.—El artículo 400 CC reconoce que todo copropietario puede pedir en cualquier tiempo la división de la cosa en común, pero añade el artículo 401 que no podrá pedirse *cuando hacerla resulte inservible para el uso a que se destina*. La división material se practica cuando la cosa común es divisible y se puede adjudicar una porción a cada comunero; y la división económica, mediante la venta y el reparto del precio en proporción a la cuota de cada uno, cuando la cosa es indivisible físicamente o jurídicamente o por resultar inservible para el uso a que se destina o por desmerecer su valor. Como dicen las SSTs de 10 de enero de 2008 y 27 de marzo y 15 de diciembre de 2009, según interpretación que parece mejor fundada, la división para el CC, no significa solamente división material sino que comprende la división en sentido jurídico, por lo que la indivisibilidad puede resultar de que la cosa, en caso de división, quede inservible para el uso a que se la destina, o bien porque produzca un anormal desmerecimiento, o bien ocasione un gasto considerable. No existen distintas acciones de división según que las cosas sean o no divisibles, y por eso el artículo 401, párr. 1.º, no puede ser interpretado en el sentido de que excluye un tipo de acción de división, pero deja subsistentes otros, puesto que no hay más que una acción de división. Dicha norma, enlazada con el artículo 400 CC ha de ser entendido como exclusión de la acción de división. Por ello, si es posible la división, no puede ser aplicado, ni menos en conexión con el artículo 404 CC —precepto que por su origen histórico, el artículo 2183 CC portugués 1867, ha de ser entendido como previsión de lo que se ha de hacer cuando no pueda practicarse una división material o *in natura*—, a lo que se ha de añadir el artículo 1062 CC, traído a causa por la remisión del artículo 406, sobre el desmerecimiento. Así pues, el artículo 401,1 excluye sencillamente la acción de división, habiendo declarado las SSTs 19 de junio de 2000 y 22 de julio de 2002, que a falta de convenio el juzgador ha de examinar si la cosa es divisible o indivisible, entendiéndose que se da esta hipótesis no sólo cuando lo sea desde la perspectiva material, según criterios económicos y sociales, sino también cuando desmerezca mucho por la división, en cuya hipótesis se incluye también la inservibilidad (arts. 404, 406 y 1062 CC).

La jurisprudencia ha venido considerando que el tono imperativo del artículo 401,2 hace inexcusable su aplicación siempre que sea posible, pues se trata de un derecho ejercitable por cualquiera de los copropietarios que se encuentren en tal situación, que es viable en cuanto se produzca la solicitud y concurren las características, siempre que no se exijan obras de enorme

importancia y que no se produzca la pervivencia de la copropiedad ordinaria, pues se trata de una forma de división. Se valora, en el sentido de valorar *esta peculiar forma de división* (STS de 26 de septiembre de 1990), la semejanza de los lotes o cuotas asignados a los copropietarios, así como la delimitación suficiente del espacio susceptible de aprovechamiento independiente (RRD-GRN de 5 y 7 de enero de 1998), y la susceptibilidad de aprovechamiento independiente, es decir, que no se precise el goce por cada uno de los propietarios de los espacios resultantes de los demás elementos privativos (RRD-GRN de 12 de noviembre de 1997 y 3 de julio de 2000).

En el presente caso no se han infringido las normas invocadas ya que la solución adoptada para disolver la comunidad se ajusta a lo interesado por ambas partes litigantes, y en particular por el recurrente quien pretendió con carácter principal la división material si esta fuera posible, y sólo en caso de indivisibilidad, que se procediera a la venta en pública subasta, habiendo propugnado lo primero el informe pericial según el cual no son importantes ni sustanciales las obras a realizar, ni que por su causa desmerezca el inmueble, siendo posible la división en dos plantas, solución óptima desde el punto de vista económico, jurídico e inmobiliario.

Respeto de los usos específicos preexistentes.—En ningún caso se ha cuestionado que debe respetarse el uso de todo el inmueble, otorgado al recurrente en juicio matrimonial y en liquidación de gananciales, no alegándose hechos de ninguna clase que alteren los presupuestos bajo los que fueron concedidos por el Juzgado de Familia (STS de 22 de enero de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

29. Legado de cosa específica y determinada de propiedad del testador. Interpretación de disposición testamentaria y alcance de la protección registral.—El Tribunal Supremo recuerda que la interpretación testamentaria debe regirse por la regla de la preponderancia de la voluntad real del testador, conforme al artículo 675 CC. Dicha fijación debe proyectarse en el plano de la declaración formal testamentaria que realiza el testador, y no en el marco subjetivo de la interpretación de las meras intenciones que pudiera encerrar la voluntad interna. Tanto la ubicación, como la determinación del bien y su correspondiente titularidad pasan a integrar o conformar el objeto del legado. En 1901, tanto en el contexto doctrinal como en el plano sustantivo, el derecho de superficie no se presentaba como un derecho real con sustantividad propia y claramente diferenciado del tronco de la enfiteusis y del censo enfiteútico. Con estos antecedentes difícilmente puede sustentarse que el testador, si hubiera querido dividir el dominio o preservar la titularidad de la propiedad objeto del legado, se sirviese de esta figura, y no de otras de plena aceptación y aplicación en el contexto de la época, como el usufructo, el arrendamiento o los censos enfiteúticos. Si hablamos de legados de cosa específica y determinada de la propiedad del testador, el legatario adquiere el objeto legado con la delación de la herencia (*ius delationis*), sin necesidad de aceptación, de forma que se erige como propietario de la cosa legada desde el momento de la muerte del testador (art. 882, párrafo primero, CC). Respecto de la relación entre este precepto y los arts. 35 y 38 LH, el Tribunal Supremo recuerda su pronunciamiento de 22 de junio de 2012, en el que declaraba que

en Derecho español la inscripción registral no tiene, por regla general, naturaleza constitutiva. En esta línea, se debe entender que la regulación registral está principalmente orientada a otorgar su protección a los terceros adquirentes, pero ello no significa que la inscripción resulte simplemente declarativa con una función meramente informativa probatoria respecto de los derechos de los terceros, sino que otorga, también, una especial protección del titular inscrito. Concretamente, los arts. 35 y 38 LH contemplan, respectivamente, la denominada usucapión *secundum tabulas*, y el principio de legitimación registral derivado de la presunción de exactitud del Registro, de forma que opera un reconocimiento posesorio que permite acceder a su titular a una tutela interdicial o a la posesión hábil para usucapir y, en definitiva, a una situación de legitimación en virtud de la apariencia jurídica. No obstante, la protección dispensada en virtud de este reconocimiento posesorio queda establecida, conforme a la usucapión *secundum tabulas*, mediante una presunción *iuris tantum*, luego tiene que haberse producido fuera del Registro, aunque resulte presumida por la inscripción. Por ello, la inscripción sirve de refuerzo de la posible usucapión extrarregistral, pero no suple ni convalida la ausencia o los vicios que puedan presentarse en los presupuestos objetivos de la usucapión. **(STS de 15 de enero de 2013; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La Fundación Institución de Caridad de los Marqueses de Linares ejercitó una acción declarativa de dominio contra el Ayuntamiento de Linares y la Fundación Hospital de San José y San Raimundo sobre una concreta finca ubicada en este municipio, y solicitó la declaración de nulidad o de resolución del contrato de cesión de uso celebrado sobre esa finca entre la fundación y el ayuntamiento demandados. El origen de la reclamación se encuentra en la circunstancia de que la Fundación Institución de Caridad de los Marqueses de Linares fue creada mediante disposición testamentaria del S. don Aníbal, primer marqués, previniéndose en dicha disposición una cantidad de dinero para la construcción de un hospital en unos terrenos que el testador ya había adquirido a tal fin, para el caso de que a su fallecimiento no estuviera ya construido, previendo también la denominación del hospital (Hospital de San José y San Raimundo) y encontrándose la finca litigiosa entre el capital contemplado en esta disposición testamentaria. Entiende la actora que en la medida que la finca litigiosa estaba dentro del patrimonio del marqués al tiempo de su fallecimiento, la misma pertenece a la Fundación Institución de Caridad de los Marqueses de Linares, que fue quien llevó a cabo las tareas de construcción del hospital, sin perjuicio de que el edificio construido sobre tal superficie pertenezca a la Fundación Hospital de San José y San Raimundo, que conservaría el derecho de superficie, quedando el dominio en manos de la Fundación Institución de Caridad de los Marqueses de Linares. Esta última reclama ahora la extinción de ese derecho de superficie porque no se ha construido el hospital, reclamando además la extinción del contrato de cesión que la fundación demandada ha celebrado con el ayuntamiento también demandado, por carecer la fundación demanda de capacidad dispositiva sobre la finca y por implicar una enajenación encubierta al tener una duración de 99 años.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Linares, Jaén, desestima íntegramente la demanda. Recurrída dicha sentencia en apelación, la Audiencia Provincial de Jaén, sección tercera, en sentencia de 10 de junio de 2010, también desestima el recurso. Entiende que no se ha probado la reserva del dominio pretendida por el testador respecto del terreno litigioso, considerando que el hecho de que se inscribiera la finca a nombre de la fundación reclamante es conforme con su configuración como heredera del marqués. Sostiene que los terrenos estaban afectos al cumplimiento del mandato y en el momento en que se produjo la entrega de la posesión quedó cumplido el legado, siendo la finca propiedad de la Fundación Hospital de San José y San Raimundo desde el fallecimiento del marqués. Considera que no fue voluntad del marqués establecer un derecho de superficie, sino un auténtico legado en cosa específica. Asimismo, rechaza la pretensión de nulidad o de resolución del contrato de cesión celebrado entre la fundación y el ayuntamiento demandados.

Contra dicha sentencia interpone recurso de casación la Fundación Institución de Caridad de los Marqueses de Linares. El Tribunal Supremo desestima el recurso. Aplicando la regla de la primacía de la voluntad del testador en la interpretación de la disposición testamentaria, concluye que dicha disposición no se puede interpretar sino como una disposición a título particular del legado de cosa propia y específica del testador. El testador no sólo conoce y dispone de un bien propio, claramente identificado en su patrimonio, sino que realiza la vinculación con la voluntad querida, que no es otra que la construcción de un hospital en los terrenos adquiridos para ese fin. Respecto de la *possessio ad usucapionem* a favor de la Fundación Hospital San José y San Raimundo, determinada la validez del titular adquisitivo del objeto legado, su posesión hábil tras la entrega del hospital comportó la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida, que requiere el instituto de la usucapión conforme a los artículos 1941 y 1959 CC, en relación con los arts. 447 y 444 CC, cumpliéndose sobradamente el transcurso del tiempo exigido para ello. (G. M. A.)

30. Partición: Impugnación por legatario en pago de legítima estricta: *Actio ad supplendum legitima*: Incongruencia.—El juicio sobre congruencia precisa de la confrontación en su parte dispositiva —*dictum*— y el objeto del proceso, delimitado, a su vez, por los elementos subjetivos del proceso, las partes, como por los elementos objetivos, —la causa de pedir—, entendida como el hecho o conjunto de hechos que producen efectos jurídicos y resultan esenciales para el logro de las pretensiones solicitadas, y el propio *petitum* o pretensión solicitada. De esta forma, la congruencia no se mide en relación con los razonamientos o con la argumentación, sino poniendo en relación lo pretendido en la demanda con la parte dispositiva de la sentencia. Esta labor de contraste o comparación no requiere que se realice de un modo estricto, esto es, que se constate, esto es, que se constate una exactitud literal o rígida en la relación establecida, sino que se faculta para que se realice con cierto grado de flexibilidad bastando que se de la racionalidad y la lógica jurídica necesarias, así como una adecuación sustancial y no

absoluta ante lo pedido y lo concedido; de tal modo que se decide sobre el mismo objeto concediéndolo o denegándolo en todo o en parte. En términos generales las sentencias absolutorias no pueden ser tachadas de incongruencia por entender que resuelven todas las cuestiones suscitadas en el pleito, salvo casos especiales. Con lo que la incongruencia *extra petita*, en relación con el principio *iura novit curia* se produce en la medida en que la facultad que tiene el tribunal para encontrar o informar el derecho aplicable comporta la alteración de los hechos fundamentales, causa de pedir, en que las partes basen sus pretensiones. Constitucionalmente la incongruencia entraña una alteración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia judicial (STC de 18 de octubre de 2004), siendo necesaria que sea imputable y que tenga su origen en actos u omisiones de los órganos judiciales, quedando excluida cuando la indefensión sea debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan.

Motivación de las sentencias.—Consiste en la exteriorización del íter decisorio o conjunto de consideraciones racionales que justifican el fallo, y se fundamenta en el artículo 120.3 CE, configurándose como un deber inherente al ejercicio de la función jurisdiccional en íntima conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva. Sirve para permitir el eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos, para exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, favoreciendo la comprensión sobre la justicia y corrección de la decisión adoptada, y la de operar como garantía o elemento preventivo frente a la arbitrariedad. Pero no autoriza a exigir un razonamiento judicial efectivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pudieran tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi*. A lo anterior cabe decir que no es lo mismo falta de motivación que motivación satisfactoria para la parte, debiendo distinguirse la ausencia de motivación de las peculiares interpretaciones de valoración de la prueba y de la fijación de los hechos probados, sin que pueda ampararse en la falta de motivación la revisión del acervo probatorio.

Valoración de la prueba.—Hay que recordar que la restrictiva doctrina desarrollada por esta Sala durante la vigencia de la LEC 1881, sobre el control en casación de la valoración arbitraria o ilógica, mantiene su vigencia, si bien dentro del ámbito que ahora es propio (STS de 28 de noviembre de 2008), del recurso extraordinario por infracción procesal, y en esta línea se ha venido admitiendo con carácter excepcional, indicando que la valoración de la prueba corresponde en principio a la Sala de instancia, debiéndose reducir su examen en casación a problemas de infracción en concreto de una regla de valoración, al error patente y a la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad.

En realidad, en el presente caso, todos los motivos procesales alegados tienen por objeto una estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados, que claramente excede del ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal.

Partición conforme a testamento: Defensa de la intangibilidad cuantitativa de la legítima por la vía del artículo 815 CC: Acción de suplemento: Improcedencia de la nulidad o rescisión.—Se trata de determinar en cuanto al fondo del recurso de casación si conforme a la naturaleza de la partición realizada en el presente caso, practicada por el albacea contador-partidor, en escrituras de 23 de enero y 24 de abril de 2006, según la propia ordenación y disposición del causante, testamento no impugnado de 19 de mayo de 1999, por el que se excluía de toda posible atribución ulterior de bienes a la actora, más allá de lo asignado en pago de su legítima estricta, se puede articular la defensa de la intangibilidad cuantitativa de la legítima por el cauce de la ineficacia parcial elegida, ya sea por la nulidad de la misma, o subsidiariamente por la vía de la rescisión por lesión (arts. 1073 a 1081 CC). Al respecto, conforme a la naturaleza de la partición llevada a cabo, la defensa de la intangibilidad cuantitativa de la legítima y, con ella, la pretensión de una nueva *cognitio* relativa a computación y valoración del haber hereditario, debe realizarse únicamente por el marco general de la acción de suplemento de la legítima (art. 815 CC), como base para el ejercicio de la acción de reclamación de disposiciones testamentarias que lesionen o mengüen la legítima y, en su caso, de la reducción por inoficiosidad de las donaciones (art. 817 CC). Esta aplicación técnica de deriva de nuestro sistema sucesorio, específica y diferenciada, no puede confundirse ni reconducirse al ámbito de la nulidad patrimonial o al de su rescindibilidad por lesión (STS de 4 de enero de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.] (G. G. C.)