

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL (I): MAYO-DICIEMBRE 2021

JOSÉ-RAMÓN GARCÍA VICENTE
Letrado del Gabinete técnico del Tribunal Supremo, *Civil*
Catedrático de Derecho Civil (en excedencia)

Cómo citar / Citation

García Vicente, J. R. (2021).
Cuadernos de Derecho Privado, 1, pp. 160-186
DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.14>
(Recepción: 08/12/2021; aceptación: 09/12/2021; publicación: 27/12/2021)

En esta sección daré cuenta de las sentencias del Tribunal Supremo, en particular de las sentencias de «Pleno» por dos razones: por un lado, porque pretenden fijar doctrina sobre una cuestión jurídica controvertida en las instancias, y, por otro lado, porque pueden fundar por sí mismas el interés casacional (art. 483.2 3.º LEC y *Acuerdo no jurisdiccional del Pleno TS sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, Sala Primera, 27 de enero de 2017*).

Daré cuenta de algunas y no de todas: la selección tiene algo de discreción, aunque no sea -no quiera ser- caprichosa. Según los casos, también relataremos aquellas otras sentencias, sean de la sección 1.ª o 2.ª, que ilustran algún asunto de interés.

En ocasiones nos ocuparemos de las sentencias o cuestiones prejudiciales suscitadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y de las sentencias y autos del Tribunal Constitucional (TC) que tengan influencia o determinen la suerte de la interpretación que sostenga el Tribunal Supremo sobre este o aquel problema.

En esta primera *Crónica* -por excepción- abordaré el segundo semestre de 2021: de mayo a diciembre. Agosto no es hábil a estos efectos: art. 183 LOPJ. En los números venideros será por cuatrimestres, al igual que la propia revista.

Las sentencias de Pleno del Tribunal Supremo son estas: 237/2021, de 4 de mayo (Ignacio Sancho Gargallo), anotación preventiva de embargo y certificación de cargas, *sub 1*; 503/2021, de 7 de junio (M.ª Ángeles Parra Lucán), negocio representativo y protección de la apariencia, *sub 2*; 531/2021, de 14 de julio (José Luis Seoane Spiegelberg), filiación y buena fe, *sub 3*; 561/2021, de 23 de julio (Rafael Sarazá Jimena), *Dieselgate II*, daños morales contractuales, *sub 4*; y 589/2021, de 8 de septiembre (Ignacio Sancho Gargallo) medios de apoyo adecuados para un discapaz, *sub 5*. Por último, referimos la

cuestión prejudicial planteada por el Pleno del Tribunal Supremo al TJUE relativa al *dies a quo* de cómputo de la acción restitutoria de los pagos hechos en virtud de una cláusula abusiva declarada nula: Auto Pleno de 22 de julio de 2021 (Pedro J. Vela Torres), *sub* 6.

No son las únicas sentencias de pleno en este periodo. Hay otras que solo mencionamos. En primer lugar, la sentencia 590/2021, de 9 de septiembre (Ignacio Sancho Gargallo) relativa a que frente a lo que sostenía la ahora Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública -DGSJFP, *v.gr.* RDGRN 3 de octubre de 2011 [BOE 26 de diciembre] o la RDSJFP 7 de julio de 2021, FD 4.º [BOE 26 de julio]- no es precisa la designación de un administrador judicial de la herencia y basta, por tanto, dirigirse contra los ignorados sucesores del titular, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 150.2 LEC. En segundo lugar, la sentencia [680/2021, de 7 de octubre](#) (Francisco Marín Castán) que sustancialmente decide que están excluidos del seguro obligatorio del camión tractor los daños que padezca el semirremolque -que se asimila o se incluye en las «cosas transportadas»- como se estableciera por la sentencia de la sala [246/1996, de 1 de abril](#) (Francisco Morales) y que se corrobora con el criterio formulado por el TJUE -sentencia de [10 de junio de 2021](#), asunto C-923/19, Van Ameyde España, S.A. y GES, Seguros y Reaseguros, S.A., que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el propio Tribunal Supremo, [Auto Pleno de 28 de noviembre de 2019](#), recurso n.º 638/2017-.

Por último, tampoco daremos cuenta con detalle de la sentencia 769/2021, de 4 de noviembre (Antonio García Martínez) que subraya que el plazo de prescripción para la reclamación de las cuotas generales en el régimen de propiedad horizontal es de cinco años a tenor de lo previsto en el artículo 1966 3.º CC -y no según la regla general, ahora art. 1964 CC-, como ya se fijó por la sentencia 242/2020, de 3 de junio (Antonio Salas Carceller) que ofrecía la siguiente justificación en su fundamento de derecho 2.º:

«Como destaca parte de la doctrina, la regla se encuentra íntimamente ligada con la condena de la usura y trata de impedir la capitalización. Se trata de una norma inspirada en el favor debitoris, pues a través de ella se pretende impedir que los deudores se vean perjudicados mediante una continua y sucesiva acumulación que puede incluso en ocasiones conducirles, a través de elevadas demandas judiciales y el embargo de sus bienes, a la ruina; porque si el pago distanciado y periódico de las pequeñas sumas es algo que cabe dentro de las posibilidades económicas del deudor, la conversión de un cúmulo de posibilidades temporalmente distanciadas en una única deuda acumulada de mayor importe, por obra

de la voluntad del acreedor que deja intencionadamente de reclamar las prestaciones durante algún tiempo, puede conducir a graves perjuicios. Tales consideraciones no han de perder su efectividad por el lógico rechazo social que produce el hecho de la existencia de deudores morosos en las comunidades de propietarios. Son los responsables en cada caso de dichas comunidades -presidente y administrador- quienes han de velar por el cumplimiento adecuado de tales obligaciones y quienes, en su caso, deberán responder ante la comunidad a la que administran y representan».

1.- STS, Pleno, 237/2021, de 4 de mayo (Ignacio Sancho Gargallo): anotación preventiva de embargo y certificación de cargas.

El único motivo de casación fue la infracción del art. 82 LH, referido a la cancelación de inscripciones y anotaciones, en relación con el art. 175.2 RH que concierne a la cancelación en el procedimiento de apremio. En rigor el motivo considera que la Resolución DGRN (hoy DGSJFP) de 9 de abril de 2018 ([BOE 30 de abril](#)) sobre caducidad de las anotaciones de embargo y sus efectos sobre la posible cancelación de cargas posteriores, entra en contradicción con la doctrina de la Sala (en particular con la [sentencia 427/2017, de 7 de julio](#) [Antonio Salas Carceller]) y que ésta debe modificarse para adecuarse a la establecida por aquélla.

La controversia puede describirse del siguiente modo: qué efecto tiene la certificación de cargas, solicitada en el curso de la ejecución de un determinado embargo objeto de anotación preventiva y de la que se deja constancia mediante una nota marginal frente a derechos inscritos o anotados con posterioridad a la anotación preventiva de embargo sucesivamente cancelada por transcurso de su plazo de vigencia. En particular cuando el plazo de cuatro años de la anotación preventiva se cumple después de que se hubiera emitido la certificación de cargas y antes de que se hubiera solicitado la inscripción registral del decreto de adjudicación con el que concluye la ejecución del bien embargado; o en otros términos, estando ya «caducada» la anotación, (art. 82 LH) -FD 2.º, apartado 2-.

El asunto es si, pese a la caducidad -que se declara y constata de oficio por el registrador-, cabe «o no» la cancelación de los derechos inscritos o anotados después de la anotación de embargo (que es la que atribuye prelación o preferencia), cancelación que se ordena con el decreto de adjudicación.

La sentencia de apelación consideró que, al amparo de la doctrina sustentada, entre otras, por la STS 427/2017, de 7 de julio, la anotación de embargo que beneficiaba al ejecutante causó estado y produjo su finalidad para dicha ejecución desde la fecha de emisión de la certificación de cargas y gravámenes y, por tanto, es indiferente a esta situación la caducidad de la anotación de embargo extendida a favor del ejecutante, que tuvo lugar con posterioridad. El recurso, en síntesis, con el apoyo en la RDGRN referida, considera que

«por razones de seguridad del tráfico jurídico inmobiliario garantizado por el Registro de la Propiedad, y de acuerdo con los principios de prioridad (art. 17 LH) y tracto (art. 20 LH), caducada la anotación preventiva de embargo, esta pierde toda eficacia respecto de los terceros que hubieran inscrito o anotado sus derechos después de la anotación de embargo caducada».

Esta resolución sostiene que lo que afirma el Tribunal Supremo en su sentencia 427/2017, de 7 de julio, tiene efectos puramente procesales pero no registrales; y concluye:

«la protección de los derechos de titulares inscritos impone que el registrador rechace la inscripción del mandamiento cancelatorio que, sin prejuzgar su validez en el ámbito procesal, no puede desplegar su eficacia frente a terceros inscritos que mejore su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba la anotación ahora inexistente. Y remite para resolver la cuestión de fondo sobre las preferencias de cargas a las tercerías de mejor derecho o dominio, o las reclamaciones apoyadas en la ausencia de buena fe».

El Tribunal Supremo «desestima» el recurso por las siguientes razones. En primer lugar, por la declaración anterior de la propia Sala en su sentencia 427/2017, de 7 de julio, que invoca, a su vez, la doctrina contenida en un par de sentencias anteriores: [282/2007, de 12 de marzo](#) (Antonio Salas) y [88/2015, de 23 de febrero](#) (Antonio Salas), que reconoce una especial significación al momento de emisión por parte del Registro de la Propiedad de la certificación de cargas y gravámenes (art. 656 LEC), en cuanto que

«la situación registral que proclama fija las condiciones para la adquisición del bien inmueble de que se trate, de forma que cualquier alteración posterior -como puede ser la caducidad de la anotación de embargo extendida a favor del ejecutante- no modifica dicha situación» (FD 2.º 3).

En segundo término, señala en su Fundamento de Derecho 2.º 5, que en esta cuestión concurre

«...una controversia entre la aspiración del sistema registral de otorgar una seguridad jurídica preventiva por la información que otorga el registro, de acuerdo con los asientos vigentes, y la seguridad jurídica que la certificación registral de cargas ha de otorgar a quienes concurren a la ejecución judicial. En el primer aspecto, mientras no varíe la regulación de la anotación preventiva de embargo, que tiene un plazo de vigencia de cuatro años, susceptibles de prórroga por otros cuatro años y de sucesivas prórrogas, la falta de prórroga de la anotación conllevaría su caducidad y la cancelación del asiento. De tal modo que quien consulte a partir de entonces la situación registral de la finca, no conocerá de la existencia de aquel embargo. En el segundo aspecto, la certificación de cargas permite conocer las cargas y derechos anteriores al embargo por el que se sigue la ejecución, así como las condiciones en que se puede adquirir en dicha ejecución (cargas que no desaparecerán con la adquisición). Si en el ínterin caduca la anotación de embargo y se cancela este asiento y la nota marginal de la certificación de cargas, con el efecto legal de que se pierda la prioridad registral que legitimaría al adjudicatario del bien en la ejecución a obtener la cancelación de las cargas y derechos inscritos o anotados con posterioridad, también se genera una inseguridad jurídica sobre las adquisiciones en ejecuciones judiciales y en general en vías de apremio.

El planteamiento de esta controversia ha quedado matizado con la reforma de los arts. 656.2 LEC y 667.2 LEC, por las Leyes 19/2015, de 13 de julio, y 42/2015, de 5 de octubre, que introduce un sistema de información continuada del registro a través del portal de subastas hasta el término de la subasta».

En tercer lugar, establece las reglas de concurrencia entre las finalidades perseguidas -FD 2.º, 6.-:

«La clave radica en el efecto de la emisión de la certificación de cargas, con la consiguiente nota marginal, que si se pretende «cause estado» y produzca «su finalidad para dicha ejecución desde la fecha de la emisión de la citada certificación de cargas y gravámenes», con las matizaciones derivadas del reseñado sistema de actualización permanente de información registral de la finca hasta la subasta, tiene que tener una repercusión en la información registral, en cuanto

que impida la caducidad de la anotación preventiva y la cancelación del asiento, aunque sea durante el tiempo razonable para asegurar la eficacia de la información suministrada por la certificación de cargas en aquella ejecución judicial. Sólo así se evita la falta de seguridad jurídica preventiva advertida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la medida en que el registro seguiría informando de la existencia de la anotación preventiva de embargo y la nota marginal correspondiente a la certificación de cargas.

Frente a la objeción formulada por la Dirección General de que no existe precepto legal que lo explicita así, baste advertir que un pronunciamiento jurisprudencial al respecto sería la culminación de una interpretación sistemática y teleológica del ordenamiento jurídico, en concreto el registral y el procesal, en aras de la seguridad jurídica. Cuando la dicción literal de los preceptos legales vigentes da lugar a una contradicción con una merma de seguridad jurídica para el sistema de ejecución o vías de apremio, con remedios desproporcionadamente onerosos y en muchas ocasiones insuficientes para quien adquiere confiado en la certificación de cargas, como es la tercería de mejor derecho o de dominio, los tribunales deben realizar una interpretación integradora de las normas del ordenamiento jurídico. Si la seguridad jurídica preventiva pivota sobre la vigencia de los asientos registrales y la información que en un momento determinado suministran, y en este caso la quiebra de esta seguridad provendría de dar eficacia a un asiento (anotación preventiva de embargo) que se había cancelado, frente a los titulares de derechos o cargas inscritos o anotados con posterioridad, ese riesgo de inseguridad se salvaría si no llegara a cancelarse aquel asiento.

Obviamente, la emisión de la certificación de cargas y la extensión de la nota marginal no pueden provocar una prórroga indefinida, pues la ratio de la reforma legal introducida por la disposición final 9.2 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, fue evitar que las anotaciones preventivas puedan convertirse en perpetuas mediante su prórroga. De ahí que convenga declarar que la solicitud de certificación de cargas opera como una petición implícita de prórroga de cuatro años, a contar desde el momento de la emisión de la certificación y la extensión de la preceptiva nota marginal. Con ello se respeta la finalidad perseguida por la Ley al prever en todo caso la necesidad de la prórroga de las anotaciones preventivas y se asegura un plazo razonable dentro del procedimiento de ejecución en el que

se acordó el embargo para hacer efectiva la realización del bien y que el decreto de adjudicación pueda inscribirse en el registro con el efecto de cancelación de las cargas y derechos posteriores a la anotación de embargo.

Lo anterior supone una matización de la doctrina contenida en la 427/2017, de 7 de julio, en cuanto que la emisión de la certificación de cargas y la extensión de la nota marginal más que "causar estado" definitivo, constituyen una prórroga temporal, de cuatro años, a la anotación preventiva de embargo, de forma que durante este periodo podrá hacerse valer el efecto de cancelación de cargas posteriores del eventual decreto de adjudicación dictado en esa ejecución».

2.- STS, Pleno, 503/2021, de 7 de junio (M.^a de los Ángeles Parra Lucán): negocio representativo y protección de la apariencia.

El constituyente no deudor de garantía hipotecaria y fianza a favor de un banco que actuó por representación pretende la nulidad de los negocios constituidos por falta de consentimiento: el poder fue declarado nulo después de la celebración del negocio representativo, por carencia de aptitudes intelectivas mínimas del poderdante. Tal pretensión es estimada en apelación. Recurre en casación el Banco con un único motivo: considera infringido el artículo 1738 en relación con el artículo 1259, ambos del Código civil. La cuestión controvertida es, según el Tribunal, la siguiente -FD 1.º, 1-:

[cuáles son] *«los efectos de la declaración judicial de nulidad absoluta de un poder por falta de consentimiento válido y eficaz del poderdante sobre los negocios concluidos en representación por el apoderado».*

Como elemento de interés la escritura original se otorgó como si fuera el poderdante el constituyente y fiador para después ser rectificada con la expresión de que tal otorgante actuó mediante representante -a la sazón su hijo-. El Banco alega

«que su actuación estaba amparada por la confianza en la legalidad del poder notarial, a cuyo otorgamiento era ajena y cuya nulidad fue declarada cuatro años después del otorgamiento de la escritura; que desconocía el estado de salud y los antecedentes médicos de D. Obdulio [el constituyente y fiador: el poderdante; padre del representante] hasta que fue emplazada en 2016 en los autos que dieron lugar a la declaración de nulidad de poder; que igualmente ignoraba su fallecimiento hasta que la ahora demandante [hija del representado] se personó en el procedimiento de ejecución; que era tercero de buena fe protegido por el art. 34

LH habida cuenta de que registralmente el Sr. Obdulio tenía facultades para llevar a cabo el negocio y lo hacía válidamente representado, por lo que la nulidad del poder no determinaba la de la hipoteca» (FD 1.º, 8).

El recurso de casación parece plantear la cuestión en términos excluyentes (FD 2.º, 2): o bien rige el art. 1738 CC (*Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe*) y se protege la apariencia jurídica; o bien se aplica la regla general que se deduce del párrafo segundo sobre todo, del art. 1259 CC para los casos de ausencia de poder (*El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante*), regla de la que el primer precepto es excepción.

El Tribunal «desestima» el recurso. Por un lado, considera en el Fundamento de Derecho 3.º 2, que

«La declaración judicial de nulidad del poder por falta de consentimiento (art. 1261 CC) comporta que Don Joaquín [el representante, hijo del principal] no pueda ser considerado como un representante con poder, pues los efectos de la declaración de nulidad se extienden retroactivamente al momento en que se otorgó la escritura de apoderamiento. No nos encontramos, por tanto, ante un supuesto de extinción de un poder válido otorgado por el poderdante y, en consecuencia, no es aplicable el art. 1738 CC, que se refiere a las causas que hacen cesar el mandato, por lo que la sentencia recurrida, al no aplicarlo, no infringe este precepto».

Por otro lado, no merece especial protección el tercero -el Banco- pese a que no haya sido una cuestión valorada específicamente por la sentencia de apelación (recurre el Tribunal al llamado efecto útil para hacerlo él). Así recoge la doctrina de la Sala sobre cuáles son los elementos sobre los que se construye la buena fe del tercero: sentencias [707/2012, de 27 de noviembre](#) (Ignacio Sancho, 8-11); [695/2013, de 20 de noviembre](#) (José Ramón Ferrándiz, FD 7.º) y [503/2014, de 7 de octubre](#) (Ignacio Sancho, 11 y 12). Concluye en el FD 3.º, 5:

«En el caso que juzgamos, a la vista de los antecedentes recogidos en el primer fundamento de derecho, podemos observar que no fue el representado quien creó

la apariencia de representación, dada la absoluta falta de consentimiento, según la sentencia firme que declaró la nulidad del poder (lo que llevaría a la aplicación de los arts. 1259 y 1727 CC). Además, tampoco concurren los presupuestos establecidos por la jurisprudencia para que el banco [que es un «tercero» frente al poder] quede protegido por la confianza que podría generar la apariencia de representación fundada en la intervención notarial y consistente, de una parte, en la existencia de un poder notarial, para cuyo otorgamiento el notario emite un juicio sobre la aptitud para el ejercicio de la capacidad, y, de otra, en el otorgamiento en escritura de los negocios concluidos en representación.

En el presente caso, por el contrario, concurren una serie de circunstancias que permiten concluir que el banco no observó la debida diligencia en la verificación de todos los presupuestos exigidos para eludir las consecuencias de la falta de representación. No solo es que la fianza y la garantía hipotecaria se prestaran a título gratuito, en garantía de una deuda ajena, sino que en la escritura en la que se otorgaron no se hizo referencia al poder, ni por tanto a su suficiencia, pues por error se hizo constar como compareciente en su propio nombre al padre, y no fue hasta después del inicio del procedimiento de incapacitación -que terminó con sentencia por la que, a requerimiento del Ministerio Fiscal se instaba a la hija a que promoviera las acciones legales respecto de los negocios realizados por su hermano sobre la finca- cuando el notario que había autorizado la escritura la rectificó mediante acta en la que hacía constar que por error se había omitido consignar el poder así como que lo valoraba suficiente para que el apoderado hipotecara la finca. Que el banco no interviniera en el otorgamiento del poder luego declarado nulo ni en la rectificación de la escritura de préstamo hipotecario no significa que, partiendo de la inexistencia de poder, pueda quedar amparado por la doctrina de la apariencia, dado que en el momento del otorgamiento de la escritura ninguna referencia se hizo al poder ni a su suficiencia.

Por todo ello, procede desestimar el recurso de casación interpuesto por Bankia y confirmar el fallo de la sentencia recurrida, dado que si bien la sentencia no entró a valorar si el banco debía quedar protegido por la apariencia generada por la intervención notarial, la solución a la que llega no es contraria a los preceptos que se citan en el recurso tal y como han sido interpretados por la doctrina de la sala».

3.- STS, Pleno, 531/2021, de 14 de julio (José L. Seoane Spiegelberg): filiación y buena fe.

En el caso los, al parecer, hermanos de vínculo sencillo de una hermana fallecida ejercen una acción de impugnación del auto de declaración de herederos *ab intestato* frente al hermano de doble vínculo de ésta, declarado heredero único de su hermana premuerta. Lo hacen con la cobertura de una sentencia firme de reclamación de paternidad no matrimonial que siguieron contra sus medio hermanos -ya fallecido el progenitor- en 2010. Los actores ocultaron en este procedimiento de filiación la sentencia firme anterior -de 1986- que desestimó la acción de reclamación de paternidad no matrimonial que interpusieron frente a la esposa y medio hermanos del progenitor supuestamente común ya fallecido entonces, en 1985. En este procedimiento los codemandados fueron declarados en rebeldía sin constancia de su emplazamiento personal.

Tanto en la instancia como en apelación se «estimó» la demanda. La Audiencia Provincial rechazó la aportación de la sentencia desestimatoria de 1986, aportación que sí la admitió el Tribunal Supremo.

El recurso de casación tiene dos motivos: en el primero se denuncia la infracción de los artículos 6.4 y 7 del Código civil por fraude de ley y abuso del derecho en el ejercicio de la acción de filiación, que los recurrentes consideran contrario a la buena fe en el ejercicio de los derechos. En el segundo, se aduce la infracción del (párrafo primero) artículo 112 CC que limita los efectos retroactivos de la determinación legal de la filiación a que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos (*La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario*). Finalmente solo aborda la cuestión del ejercicio contrario a la buena fe de la acción de petición de herencia y concluye, con estimación del recurso -FD 2.º 3 - :

«De la manera expuesta, [los medio hermanos que ejercieron la petición de herencia] incurrieron en un comportamiento contrario a las exigencias de la buena fe. Así, aceptaron la primera sentencia de filiación, que no cuestionaron en su momento, con lo que alcanzó firmeza, y dejaron transcurrir un dilatado periodo de tiempo de más veinticinco años de respeto de tal declaración judicial; sin embargo, en contra de las más elemental lealtad, en el ejercicio de los derechos,

promovieron un nuevo proceso, en el que, con aprovechamiento de la declaración de rebeldía de los demandados, ocultan intencionadamente la primera sentencia, evitando de esta forma el debate sobre la existencia de cosa juzgada, o el juego, en su caso, de la disposición transitoria sexta de la Ley 13/1981, y obtienen un pronunciamiento favorable de reconocimiento de su filiación, tras la práctica de una prueba biológica, que científicamente la acreditaba, todo ello en función de una ulterior reclamación de unos derechos hereditarios para la cual requerían un título habilitante».

La sentencia resume la doctrina relativa al ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe en el Fundamento de Derecho 2.º 2, apartado que rubrica «algunas consideraciones previas sobre el principio de la buena fe:

«Por Ley 3/1973, de 17 de marzo, de bases para la modificación del Título preliminar del Código civil, se autorizó al gobierno para que, a propuesta del Ministro de Justicia, modificase dicho título con sujeción a lo que se establecía en los artículos siguientes. Pues bien, en su artículo segundo, base tercera, apartado uno, se dispuso que «[...] se configurará la exigencia de la buena fe como requisito de los actos jurídicos y la sanción de los ejecutados en fraude de la Ley o que impliquen manifiesto abuso o ejercicio antisocial del derecho».

Con posterioridad, en virtud de la autorización conferida, se dictó el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sancionó con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código civil. En su preámbulo, se hizo referencia expresa a que, junto a la prohibición del fraude y del abuso, se proclama el principio del ejercicio de los derechos conforme a la buena fe, con respecto a la cual se señala: «Existen indiscutibles concomitancias entre aquellas prohibiciones y la consagración, como módulo rector del ejercicio de los derechos, de la buena fe, no obstante las más amplias manifestaciones de ésta. Sin pretender una alteración del juego concreto de la buena fe en cada una de las instituciones jurídicas, ha parecido pertinente enunciarla como postulado básico por cuanto representa una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico».

La consagración de este principio, en el título preliminar del Código Civil, concretamente en su art. 7, junto con la proclamación de que la ley no ampara el abuso de derecho ni el ejercicio antisocial del mismo, determina que adquieran

un efecto dinamizador sobre el ordenamiento jurídico en su conjunto. Constituye una manifestación normativa de protección general contra la mala fe, que se entroncaba históricamente con la llamada exceptio doli, propia del derecho romano, concebida como mecanismo de defensa contra la actio ejercitada dolosamente.

La doctrina y la jurisprudencia han elaborado una serie de supuestos típicos, que encierran un desleal ejercicio de los derechos subjetivos, al margen de los postulados de la buena fe, en tanto en cuanto la misma veda ir en contra de los actos propios (sentencias [320/2020, de 18 de junio](#) [Juan M.^a Díaz Fraile]; [63/2021, de 9 de febrero](#) [Juan M.^a Díaz Fraile] o [386/2021, de 7 de junio](#) [José L. Seoane Spiegelberg], entre otras muchas), es incompatible con el retraso desleal en el ejercicio de los derechos (sentencias [769/2010, de 3 diciembre](#) [Encarnación Roca]; [872/2011, de 12 de diciembre](#) [Encarnación Roca] y [634/2018, de 14 de noviembre](#) [Antonio Salas], entre otras), es contraria a abusar de la nulidad por motivos formales, cuando se cumple o se acepta conscientemente el negocio jurídico que adolece de un defecto de tal clase (sentencias [762/1985, de 12 de diciembre](#) [Jaime Castro] y [318/1987, de 23 de mayo](#) [Rafael Pérez Gimeno]), o exige la observancia de la regla tu quoque, según la cual no debe admitirse la invocación de las reglas jurídicas por el mismo sujeto que las despreció o no cabe imputar a otro una conducta en la que la propia parte ha incurrido (sentencias [104/1995, de 17 febrero](#) [Rafael Casares]; [489/2010, de 15 de julio](#) [José Ramón Ferrándiz] o [120/2020, de 20 de febrero](#) [Juan M.^a Díaz Fraile]), entre otras manifestaciones al respecto.

Nuestro Tribunal Constitucional, ya en las primeras sentencias, como las que llevan número [120/1983, de 15 de diciembre](#) (Ángel Escudero) o [6/1988, de 21 de enero](#) (Luis Díez-Picazo), ha reconocido la virtualidad de dicho principio en el ejercicio de los derechos fundamentales. Así, en el fundamento de derecho 2 de la primera de las precitadas resoluciones, reconoció la vigencia de «[...] lo previsto en el artículo 7.1 del Código Civil en orden al ejercicio de todos los derechos -de los constitucionales también- conforme a las exigencias de la buena fe»; y, en el fundamento jurídico 7, de la segunda de las precitadas sentencias, se declaró que «[...] el fraude, la deslealtad o la conducta realizada con abuso de confianza

no podrían buscar amparo bajo norma constitucional declarativa de derecho alguno».

Igualmente, la vigencia de dicho principio se reconoció en las sentencias del referido tribunal 106/1996, de 12 de junio (Julio D. González Campos); 1/1998, de 12 de enero (Julio D. González Campos); 90/1999, de 26 de mayo (Julio D. González Campos); 241/1999, de 20 de diciembre (Guillermo Jiménez); 20/2002, de 28 de enero (María Emilia Casas), aunque se trate de un límite débil frente al que caracteriza la intersección del derecho fundamental con otros principios y derechos subjetivos consagrados por la Constitución (SSTC 241/1999, de 20 de diciembre [Guillermo Jiménez] y 56/2008, de 14 de abril [Pascual Sala]), también STC 172/2020, de 19 de noviembre (Juan José González Rivas) (FJ 6). Las SSTC 108/1985, de 8 de octubre (Ángel Escudero); 198/1987, de 14 de diciembre (Carlos de la Vega) o más recientemente 60/2017, de 22 de mayo (Cándido Conde-Pumpido) y 165/2020, de 16 de noviembre (Ricardo Enríquez), entre otras, reconocen que el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE se debe ejercitar también con sujeción al principio de la buena fe.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de la misma manera valora que, en el ejercicio de los derechos fundamentales, se haya actuado con sujeción a las exigencias de tal principio (SSTEDH de 21 de enero de 1999, Fressoz y Roire c. Francia, § 54; de 20 de mayo de 1999, Bladet Tromsø y Stensaas c. Noruega, § 68; de 10 de diciembre de 2007, Stoll c. Suiza, § 141; de 8 de enero de 2008, Saygılı y otros c. Turquía, § 38, o de 29 de julio de 2008, Flux c. Moldavia, § 29).

Por otra parte, las maquinaciones fraudulentas constituyen supuestos de revisión de sentencias firmes (art. 510.4 LEC). El art. 147 de la LEC proclama que «[...] los intervinientes deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe»; y, por su parte, el art. 11 de la LOPJ señala, en su apartado primero, que «[...] en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe» y, en su número segundo, que «los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal»; preceptos que constituyen nuevas manifestaciones normativas de la exigibilidad del ejercicio de los derechos conforme a tan fundamental principio.

En definitiva, actuar conforme a los requerimientos derivados de la buena fe, dentro de los cuales se podría incluir abusar del derecho, exige no hacerlo en contra de la confianza suscitada en la otra parte; ser coherente con la propia conducta por imperativos éticos; y no ejercitar de forma desleal los derechos subjetivos. Las actuaciones sin sujetarse a dicho principio no generan una mera sanción moral por la conducta desencadenada, sino indiscutibles consecuencias jurídicas sobre el ejercicio de los derechos, como incluso la desestimación de las pretensiones ejercitadas».

4.- STS, Pleno, [561/2021, de 23 de julio](#) (Rafael Sarazá Jimena): *Dieselgate II*.

Esta sentencia sigue parcialmente a la STS, Pleno, [167/2020, de 11 de marzo](#), *Dieselgate I* (ponencia, también, de Rafael Sarazá) que resuelve un caso análogo del ejercicio de una acción indemnizatoria de una compradora de un vehículo frente a concesionaria y frente a Seat S.A. y en la que únicamente se debate cuál es el alcance del artículo 1257 CC (esto es, si cabía o no dirigirse contra Seat, S.A.).

En el caso el comprador de un vehículo Audi reclama «contractualmente» los daños morales padecidos por la ocultación dolosa de un dispositivo que falseaba las emisiones contaminantes del vehículo comprado. Lo hace frente al concesionario vendedor y frente a la sociedad íntegramente participada por el fabricante (Volkswagen AG) en España: Volkswagen Audi España, S.A. (*Vaesa*, en adelante) sociedad que comunicó, en 2015, al comprador que solventaría el problema a través de sus servicios postventa y así proveyó de una actualización del *software* de la unidad de control del vehículo.

En el caso la pretensión principal que ejerció el comprador era la nulidad y alternativamente la resolución del contrato celebrado en 2008, pretensiones que abandonó en el recurso para sostener en casación solo la relativa a la indemnización contractual de los daños morales. Todas las pretensiones fueron desestimadas tanto en la instancia como en la apelación ([SAP Madrid, sección 14.ª, 14 de marzo de 2018](#)).

Las cuestiones que resuelve el Tribunal son las dos siguientes: por una parte, si la sociedad *Vaesa* debe soportar las consecuencias del ejercicio de la pretensión indemnizatoria (FFDD 2.º a 5.º). Por otra, si nace la obligación de indemnizar los daños morales contractuales padecidos por el comprador y ésta es exigible frente a *Vaesa* (FFDD 6.º y 7.º, donde, además, se declara que la exigencia de imputación dolosa para que nazca la

obligación de indemnizar estos daños excluye la posibilidad de atribuirselos a la concesionaria, que ignoraba el fraude cometido, FD 7.º).

En la primera cuestión -legitimación pasiva de la sociedad Volkswagen Audi España, S.A. que, recordemos, no es el fabricante del vehículo- se emplean dos argumentos para consagrar su legitimación pasiva. Por un lado, la doctrina de los actos propios (art. 7.1 CC). Así en el FD 3.º 6:

«el hecho de que Vaesa no solo sea una sociedad del grupo Volkswagen sino que además esté íntegramente participada por Volkswagen AG, a través de otras sociedades del grupo, explica su conducta de asumir en España la posición de responsabilidad propia del fabricante, al remitir una carta a los adquirentes y usuarios de vehículos Audi, Volkswagen y de otras marcas del mismo grupo, en términos que solo el fabricante puede asumir, pues no solo reconoció que «la incidencia de los motores Diésel EA189» afectaba al vehículo comprado por el demandante y le instó a permanecer tranquilo respecto de la seguridad del vehículo, sino que además comunicó a los compradores cómo se abordaría la «incidencia» y ofertó su realización a través de «nuestros Servicios Oficiales».

Y añade en el apartado 7 del FD 3.º: «En esa carta, Vaesa asume la responsabilidad propia del fabricante del vehículo en que se instaló el dispositivo fraudulento (que, como se ha dicho, era indirectamente el titular del 100% de su capital social) y constituye un acto propio, expresión de una verdadera asunción de legitimación en la que los destinatarios de esa comunicación podían confiar y que en este litigio ha pretendido negar, con lo que no solo va contra sus propios actos sino que además pretende obstaculizar gravemente las posibilidades de resarcimiento de los perjudicados, que tendrían que litigar en Alemania o bien hacerlo en España pero realizando un gasto considerable en la traducción al alemán de la demanda y documentación aneja, y debiendo posteriormente promover la ejecución de la sentencia en Alemania, lo que en litigios de cuantía baja o moderada supone un obstáculo difícil de superar para el perjudicado».

Por otro lado, el Tribunal considera que concurre una excepción a la regla de la relatividad de los contratos consagrada en el artículo 1257 CC y, al efecto, se remite a la STS [167/2020, de 11 de marzo \(Dieselgate I\)](#), en la que se exponen las razones que justifican tal excepción en su FD 4.º, apartados 13 a 18:

«13. Entre el fabricante y el comprador final, pese a que formalmente no han celebrado un contrato entre sí, se establecen vínculos con trascendencia jurídica, como son los relativos a la prestación de la garantía, adicional a la prevista legalmente, que es usual en este sector, o la exigibilidad por el consumidor final de las prestaciones ofertadas en la publicidad del producto, que generalmente ha sido realizada por el propio fabricante y que integran el contrato de compraventa por el que el consumidor adquiere el vehículo. Además, con frecuencia, el importador y el distribuidor pertenecen al mismo grupo societario que el fabricante, o están integrados en una red comercial en la que el fabricante tiene un papel importante, como ocurre actualmente en las redes de distribuidores de automóviles.

14. Por tanto, si el automóvil no reúne las características con las que fue ofertado, respecto del comprador final no existe solamente un incumplimiento del vendedor directo, sino también del fabricante que lo puso en el mercado y lo publicitó. Y el daño sufrido por el comprador se corresponde directamente con el incumplimiento atribuible al fabricante.

15. En estas circunstancias, limitar la responsabilidad por los daños y perjuicios al distribuidor que vende directamente al adquirente final puede suponer un perjuicio para los legítimos derechos de los adquirentes que, en el caso de ser consumidores, tienen recogido expresamente como uno de sus derechos básicos «la indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos» (art. 8 c) TRLGDCU). Su derecho a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos puede verse frustrado si el vendedor deviene insolvente. Asimismo, puede ocurrir que el régimen de responsabilidad del vendedor sea menos satisfactorio para el comprador que el aplicable al fabricante, de acuerdo con la distinción contenida en el art. 1107 del Código Civil, porque es posible que el vendedor sea un incumplidor de buena fe mientras que el fabricante sea un incumplidor doloso.

16. Por las razones expuestas, en estos casos, el fabricante del vehículo no puede ser considerado como un *penitus extranei*, como un tercero totalmente ajeno al contrato. El incumplimiento del contrato de compraventa celebrado por el comprador final se debió a que el producto que el fabricante había puesto en el mercado a través de su red de distribuidores no reunía las características técnicas con que fue ofertado públicamente por el propio fabricante y, por tanto, le es imputable el incumplimiento.

17. *Sentado lo anterior, en este sector de la contratación, una interpretación del art. 1257 del Código Civil que respete las exigencias derivadas del art. 8.c) TRLGDCU y que tome en consideración la realidad del tiempo en que ha de ser aplicado (art. 3 del Código Civil), determina que no sea procedente en estos supuestos separar esos contratos estrechamente conexos mediante los que se articula una operación jurídica unitaria (la distribución del automóvil desde su fabricación hasta su entrega al comprador final).*

18. *Por ello, el fabricante del automóvil tiene frente al adquirente final la responsabilidad derivada de que el bien puesto en el mercado no reúne las características técnicas anunciadas por el fabricante. Esta responsabilidad es solidaria con la responsabilidad del vendedor, sin perjuicio de las acciones que posteriormente este pueda dirigir contra aquel. Y, consecuentemente, procede reconocer al fabricante del vehículo la legitimación pasiva para soportar la acción de exigencia de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual consistente en que el vehículo adquirido por la compradora final demandante no reunía las características, en cuanto a emisiones contaminantes, con las que fue ofertado».*

En segundo lugar aborda, en el FD 7.º, la cuestión de la pertinencia de que indemnice los daños morales contractuales a quien ya considera legitimado. Por un lado, selecciona los daños indemnizables o, en rigor, la fuente de tales daños: «la incertidumbre y el desasosiego derivado del descubrimiento, en el contexto de un grave escándalo en la opinión pública, de que el vehículo que ha comprado incorporaba un dispositivo ilegal que falseaba los resultados de las pruebas de homologación del vehículo en lo relativo a emisiones de gases contaminantes, con consecuencias inciertas» (apartado 3).

Por otro lado, considera que debe existir además de la relación de causalidad material una imputación objetiva que, en el caso, no cabe referir ni al fin de protección de la norma ni al criterio de la relevancia:

«Por lo general, cuando se exigen daños morales por el incumplimiento de un contrato de contenido puramente económico, sin implicaciones respecto de los bienes de la personalidad, aunque pudiera entenderse que existe una relación de causalidad fenomenológica entre la conducta del demandado y los daños morales (en el sentido amplio de daños no patrimoniales) que hubiera podido sufrir el demandante, no podría establecerse una imputación objetiva con base en el criterio del fin de protección de la norma cuando, como ocurre en el caso objeto del

recurso, explícita o implícitamente no se ha tomado en consideración la vulneración de bienes de la personalidad (tales como la integridad moral, la dignidad o la libertad personal) en relación con el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas». (apartado 5).

Para el Tribunal procede la indemnización de los daños morales contractuales cuando el incumplimiento es doloso. En tal caso «el título de imputación se deriva de la previsión del art. 1107 del Código Civil de que «en caso de dolo responderá el deudor de todos los [daños y perjuicios] que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación» y al efecto reproduce parcialmente la STS [366/2010, de 15 de junio](#) (Juan A. Xiol, FD 6.º) que considera que para la indemnización de los daños morales padecidos basta la imputación dolosa

«independientemente de que el cumplimiento del contrato comportase o no la obligación de preservar a la otra parte de dichos daños».

Concluye la sentencia de la que damos cuenta en el apartado 7 del FD 7.º:

«En consecuencia, podría imputarse objetivamente la causación de daños morales a quien actuó dolosamente, Vaesa (en tanto que asumió ante los compradores la responsabilidad de su matriz, la fabricante que instaló el dispositivo fraudulento). Pero no existe base fáctica que permita afirmar que el concesionario conociera siquiera la instalación de dicho dispositivo. Por tanto, al no poder atribuírsele una conducta dolosa, no se le pueden imputar objetivamente la causación de los daños morales causados al comprador».

En cuanto a la cuantía del daño moral reduce sustancialmente el importe que se pidió. Y así señala en los apartados 8 y 9 del mismo Fundamento de Derecho 7.º:

«La cantidad de 11.376 euros reclamada por daños morales es manifiestamente desproporcionada, tanto por la entidad de las implicaciones anudadas al descubrimiento del dispositivo de desactivación como, en este caso, la antigüedad del vehículo, nueve años, que necesariamente implicaba que una parte considerable de su vida útil había ya transcurrido y que por tanto las expectativas del comprador no podían ser equiparables a las de aquellos que hubieran comprado el vehículo en un momento más cercano al del descubrimiento del fraude, por lo que los daños morales derivados de las incertidumbres a que se ha hecho referencia son necesariamente menores para el demandante.

9. Por tales razones, en este caso parece razonable establecer una indemnización de quinientos euros por los daños morales sufridos por el demandante, a cuyo pago procede condenar a Vaesa».

Desproporción que, en fin, impide a juicio del Tribunal el devengo de los intereses moratorios previstos en los artículos 1101 y 1108 CC.

5.- STS, Pleno 589/2021, de 8 de septiembre (Ignacio Sancho Gargallo) medios de apoyo adecuados respecto a una persona que padece el síndrome de Diógenes -que, en palabras de la sentencia de apelación, «se caracteriza por un extremo abandono del autocuidado de higiene y alimentación en personas que se aíslan de su medio y rechazan cualquier tipo de ayuda»-.

La sentencia de apelación corroboró la de instancia que había declarado la incapacidad de obrar y «*como medida de apoyo la asistencia en el orden y (la) limpieza de su domicilio (...), de modo que se autoriza al Principado de Asturias como tutora del demandado a la entrada en el domicilio (...) con la periodicidad que estime la tutora conveniente a los efectos de limpiar y ordenar dicho domicilio, tutelando la entidad pública a Dámaso -nombre que asigna el Cendoj- solo en este preciso aspecto en las condiciones reseñadas en los fundamentos jurídicos cuarto y quinto de la presente sentencia» (modificadas por el Tribunal Supremo que acuerda «la revisión cada seis meses del resultado de las medidas y la incidencia práctica que hayan podido tener. A la hora de prestar el apoyo, la curadora debería esmerarse en conseguir la colaboración del interesado y sólo en los casos en que sea estrictamente necesario podrá recabar el auxilio imprescindible para asegurar el tratamiento médico y asistencial de Dámaso, así como realizar las tareas de limpieza e higiene necesarias»).*

El demandado aduce en casación que «*no cabe predicar la incapacitación de una persona cuyas manías o extravagancias puedan causar rechazo, pero que en ningún caso deben abocar en una solución judicial como la adoptada que contiene un remedio de suma incidencia en su vida, obligándole a permitir la entrada en su domicilio a terceros para que limpien y ordenen su vivienda en contra de su voluntad».*

Esta sentencia acoge la primera ocasión en que el Tribunal se pronuncia sobre la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica

(pronunciamiento exigido por la DT 6.^a), que constituye, como dice la propia sala, FD 3.^o, apartado 1, una «profunda reforma del tratamiento civil y procesal de la capacidad de las personas», cuyos rasgos fundamentales expone en el FD 3.^o apartado 1:

«La reforma suprime la declaración de incapacidad y se centra en la provisión de los apoyos necesarios que una persona con discapacidad pueda precisar «para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica», con la «finalidad (de) permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» (art. 249 CC). Sin perjuicio de la adopción de las salvaguardas oportunas para asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se acomoda a los criterios legales, y en particular, que atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.

La provisión de apoyos judiciales deja de tener un carácter preferente y se sujeta a la ausencia o insuficiencia de las medidas previstas por el propio interesado. Y, en cualquier caso, como dispone el art. 269 CC, «las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias».

Consiguientemente, el anterior régimen de guarda legal (tutela y la curatela), para quienes precisan el apoyo de modo continuado, ha sido reemplazado por la curatela, cuyo contenido y extensión debe ser precisado por la resolución judicial que la acuerde «en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo» (párrafo 5 del art. 250 CC).

La reforma afecta al Código civil, sobre todo a la provisión de apoyos y su régimen legal, y también al procedimiento de provisión judicial de apoyos, que será un expediente de jurisdicción voluntaria, salvo que haya oposición, en cuyo caso deberá iniciarse un procedimiento especial de carácter contradictorio, que es, en esencia, una adaptación del procedimiento anterior».

El Tribunal expone seguidamente los rasgos del sistema de apoyos que se prevén en la reforma, FD 4.^o apartado 1:

«De la propia regulación legal, contenida en los arts. 249 y ss. CC, así como del reseñado art. 12 de la Convención, se extraen los elementos caracterizadores del

nuevo régimen legal de provisión de apoyos: i) es aplicable a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica; ii) la finalidad de estas medidas de apoyo es «permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» y han de estar «inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales»; iii) las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que sólo se acordaran en defecto o insuficiencia de estas últimas; iv) no se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona; y v) la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.

La reforma ha suprimido la tutela y concentra en la curatela todas las medidas judiciales de apoyo continuado. En sí mismo y más allá de la aplicación de la regulación legal sobre su provisión, del nombramiento de la(s) persona(s) designada(s) curador(es), del ejercicio y la extinción, la denominación «curatela» no aporta información precisa sobre el contenido de las medidas de apoyo y su alcance. El contenido de la curatela puede llegar a ser muy amplio, desde la simple y puntual asistencia para una actividad diaria, hasta la representación, en supuestos excepcionales. Es el juez quien debe precisar este contenido en la resolución que acuerde o modifique las medidas».

Después enuncia, FD 4.º apartado 2, las directrices a que debe someterse la decisión que acuerde elegir e imponer una medida de apoyo. Los elementos son: en primer lugar, someterse a los criterios fijados en el artículo 268 CC, en particular en su párrafo primero («serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias»). En segundo lugar, «el juez no debe perder de vista que bajo el reseñado principio de intervención mínima y de respeto al máximo de la autonomía de la persona con discapacidad, la ley presenta como regla general que el contenido de la curatela consista en las medidas de asistencia que fueran necesarias en ese caso» y así el artículo 269 CC (párrafo tercero, curatela que solo

de manera excepcional comporta facultades representativas). En tercer lugar, la medida de apoyo no puede consistir en una simple privación de derechos (art. 269 *in fine* CC).

Los interrogantes que resuelve la sentencia son dos: si es preciso mantener la declaración judicial de modificación de la capacidad y cuál es el alcance que deba darse a las medidas de apoyo acordadas -si estas son o no conformes con lo previsto en el régimen modificado o qué efectos tiene la discapacidad de la persona sobre el ejercicio de sus derechos cuando, además como es el caso, las medidas acordadas cuentan con la oposición expresa del afectado, asunto que aborda algo más adelante-.

Sobre la primera cuestión señala en el FD 4.º apartado 3: *«El primer pronunciamiento, tras la reforma de la Ley 8/2021, debe suprimirse, ya que desaparece cualquier declaración judicial de modificación de capacidad».*

En lo que concierne a la segunda pregunta, la sala desarrolla este asunto desde la perspectiva de la posición y necesidades del discapaz:

«Es objetivo que el trastorno que padece Dámaso está degenerando en una degradación personal, sin que sea consciente de ello. Incide directamente en el ejercicio de su propia capacidad jurídica, también en sus relaciones sociales y vecinales, y pone en evidencia la necesidad que tiene de las medidas de apoyo asistenciales acordadas. Precisa de la ayuda de otras personas que aseguren la satisfacción de las necesidades mínimas de higiene personal y salubridad en el hogar, sin dejar de contar, en la medida de lo posible, con su voluntad, deseos y preferencias. Es lógico que mientras perdure la falta de conciencia de su situación y rechace la asistencia de los servicios sociales, será necesario suplir en esto su voluntad.

Estas medidas, que en su ejecución, como muy bien informa el ministerio fiscal, deben tratar de contar con la anuencia y colaboración del Sr. Dámaso, cuando fuera necesario podrán requerir el auxilio para la satisfacción del servicio que precisa el afectado. En principio, el ejercicio de esta función de apoyo no requiere que la curadora asuma funciones de representación, si no es para asegurarla prestación de los servicios asistenciales y de cuidado personal cuando no exista la anuencia del interesado».

En fin, concilia la adopción de medidas con la negativa expresa del afectado y la expresión de su autonomía y preferencias, en el FD 4.º apartado 5, que reproduzco íntegramente por su interés:

«En realidad, el principal escollo que presenta la validación de estas medidas a la luz del nuevo régimen de provisión judicial de apoyos es la directriz legal de que en la provisión de las medidas y en su ejecución se cuente en todo caso con la voluntad, deseos y preferencias del interesado.

En un caso como el presente en que la oposición del interesado a la adopción de las medidas de apoyo es clara y terminante, cabe cuestionarse si pueden acordarse en estas condiciones. Esto es, si en algún caso es posible proveer un apoyo judicial en contra de la voluntad manifestada del interesado.

La propia ley da respuesta a esta cuestión. Al regular como procedimiento común para la provisión judicial de apoyos un expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 42 bis a), 42 bis b) y 42 bis c) LJV), dispone que cuando, tras la comparecencia del fiscal, la persona con discapacidad y su cónyuge y parientes más próximos, surja oposición sobre la medida de apoyo, se ponga fin al expediente y haya que acudir a un procedimiento contradictorio, un juicio verbal especial (art. 42 bis b 5 LJV). Es muy significativo que «la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo», además de provocar la terminación del expediente, no impida que las medidas puedan ser solicitadas por un juicio contradictorio, lo que presupone que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado.

En realidad, el art. 268 CC lo que prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. El empleo del verbo «atender», seguido de «en todo caso», subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de «tener en cuenta o en consideración algo» y no solo el de «satisfacer un deseo, ruego o mandato».

Si bien, ordinariamente, atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a él, en algún caso, como ocurre en el que es objeto de recurso, puede que no sea así, si existe una causa que lo justifique. El tribunal es consciente de que no cabe precisar de antemano en qué casos estará justificado, pues hay que atender a las singularidades de cada caso. Y el presente, objeto de recurso, es muy significativo, pues la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad. En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda.

No intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal».

6.- Auto Pleno de 22 de julio de 2021 (Pedro J. Vela Torres): cuestión prejudicial planteada al TJUE relativa al *dies a quo* de cómputo de la acción restitutoria de los pagos hechos en virtud de una cláusula abusiva declarada nula en un contrato con consumidores.

En el caso la sentencia de apelación declaró prescrita la acción puesto que habían transcurrido, conforme a la redacción entonces vigente del art. 1964 CC, más de quince años desde que se habían hecho efectivo los pagos reclamados ([SAP Barcelona, sección 15.ª, 20/2020, de 8 de enero](#) [Marta Cervera]). Cabe señalar que hay otra cuestión

prejudicial planteada sobre una controversia análoga por Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 20 de Barcelona, de 22 de julio de 2021 si bien se refiere, por su parte, a los arts. 121-20 y 121-23 CCCat. Las preguntas que formula el TS son las siguientes:

«1. ¿Es conforme con el principio de seguridad jurídica interpretar los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/ CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, en el sentido de que el plazo de prescripción de la acción para reclamar lo pagado en virtud de una cláusula abusiva no comienza a correr hasta que por sentencia firme se haya declarado la nulidad de dicha cláusula?

2.- Si tal interpretación no fuera conforme con el principio de seguridad jurídica, ¿se opone a los mencionados artículos de la referida Directiva una interpretación que considere día inicial del plazo de prescripción la fecha de las sentencias del Tribunal Supremo que fijaron doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios (sentencias de 23 de enero de 2019 [se refiere a las sentencias Pleno, 44 (Rafael Sarazá Jimena); 46 (Pedro J. Vela Torres), 47 (Pedro J. Vela Torres), 48 (Pedro J. Vela Torres); y 49/2019, de 23 de enero (Pedro J. Vela Torres)])?

3.- Si tal interpretación se opusiera a los referidos artículos, ¿se opone a los mismos una interpretación que considere día inicial del plazo de prescripción la fecha de las sentencias del Tribunal de Justicia que declararon que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción (básicamente, SSTJUE de 9 de julio de 2020, *Raiffeisen Bank SA*, asuntos acumulados C-698/10 y 699/18; o de 16 de julio de 2020, *Caixabank SA y BBVA*, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, que confirma la anterior?

Las razones que justifican las preguntas que se formulan aparecen consignadas en el Razonamiento jurídico 5.º del Auto.

«1.- La jurisprudencia del TJUE sobre prescripción de las acciones de restitución posteriores a la declaración de abusividad de una cláusula en un contrato con consumidores se compendia en la sentencia de 10 de junio de 2021, BNP Paribas Personal Finance, asuntos acumulados C-776/19 a C-782/19, apartados 26-48. Esta sentencia resume las sentencias de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank SA, asuntos acumulados C-698/10 y 699/18; de 16 de julio de 2020, Caixabank SA y

BBVA, asuntos acumulados C-224/19 y C- 259/19; y 22 de abril de 2021, Profi Credit Slovakia, C-485/19.

2.- *En lo que concierne al «comienzo del cómputo del plazo», las SSTJUE 16 de julio de 2020, CaixaBank SA; 22 de abril de 2021, Profi Credit Slovakia, y 10 de junio de 2021, BNP Paribas Personal Finance se refieren expresamente a casos en que se juzgaba la compatibilidad del dies a quo previsto en el Derecho interno con la interpretación del Derecho de la Unión. En la STJUE 16 de julio de 2020, CaixaBank SA y BBVA, apartado 88, el TJUE ha considerado que no es compatible con el principio de efectividad el plazo que comienza «desde la celebración del contrato». En el caso de la sentencia 10 de junio de 2021, BNP Paribas Personal Finance, asuntos acumulados C-776/19 a C-782/19, el Tribunal de Justicia es más explícito todavía en su apartado 47: «Pues bien, la oposición de un plazo de prescripción de cinco años, como el controvertido en los litigios principales, a una acción ejercitada por un consumidor para obtener la devolución de cantidades indebidamente abonadas, sobre la base de cláusulas abusivas en el sentido de la Directiva 93/13, que empieza a correr en la fecha de la aceptación de la oferta de préstamo, no garantiza a dicho consumidor una protección efectiva, ya que ese plazo puede haber expirado antes incluso de que el consumidor pueda tener conocimiento del carácter abusivo de una cláusula contenida en el contrato en cuestión. Un plazo de ese tipo hace excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a dicho consumidor y, por consiguiente viola el principio de efectividad (véanse, por analogía, las sentencias de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank, apartados 67 y 75, y de 16 de julio de 2020, CaixaBank y BBVA, apartado 91)». El TJUE ha considerado que tampoco es compatible con la Directiva 93/13/CEE fijar como dies a quo del plazo de prescripción de la acción de restitución el día en que se produce el «enriquecimiento indebido» o, en suma, el día en que se realizó el pago. Es el caso de la STJUE de 22 de abril de 2021, Profi Credit Slovakia, C-485/19, apartados 51- 52, 60-66. Y ello, porque es un plazo objetivo que puede transcurrir sin que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula, por lo que resulta contrario al principio de efectividad. E igual sucede respecto de un plazo que comienza a correr con el cumplimiento íntegro del contrato: STJUE de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank SA, apartados 65, 67 y 75.*

3.- Si, conforme a dichos pronunciamientos previos del TJUE, descartamos la solución consistente en que el día inicial del plazo de prescripción sea el día en que se hicieron los pagos indebidos como consecuencia de la aplicación de la cláusula declarada abusiva sea compatible con los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, quedarían dos opciones:

a) *Que el día inicial del plazo de prescripción de la acción de restitución sea el de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula. Esta solución puede colisionar con el principio de seguridad jurídica, que constituye uno de los principios del ordenamiento jurídico de la UE: en la práctica, convierte la acción de restitución en imprescriptible, puesto que no puede comenzar el plazo de prescripción hasta que se haya estimado una acción (la de nulidad) que es imprescriptible en el Derecho interno, por tratarse de una nulidad absoluta. Además, el principio de seguridad jurídica se podría ver gravemente comprometido si se diera lugar a reclamaciones relativas a contratos consumados y extinguidos desde hace décadas.*

b) *Que el día inicial sea aquel en que el Tribunal Supremo dictó una serie de sentencias uniformes en que declaró que las cláusulas que atribuían al consumidor el pago de todos los gastos del contrato eran abusivas y decidió cómo debían distribuirse tales gastos una vez expulsada la cláusula del contrato. Igualmente, puede decirse, no respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino desde la propia jurisprudencia del TJUE, cuando admitió que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción. Este criterio, que no contradice la prescriptibilidad de la acción de restitución, plantea el problema de que puede ser contrario al principio de efectividad, por ser dudoso que un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz pueda ser conocedor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo o del TJUE en la materia».*