

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL (IV): AGOSTO-DICIEMBRE 2022

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. (2022).

Cuadernos de Derecho Privado, 4, pp. 148-182

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.34>

(Recepción: 16/12/2022; aceptación: 22/12/2022; publicación: 30/12/2022)

Resumen:

Esta crónica recoge un periodo especialmente fructífero de la sala primera del Tribunal Supremo en materias bien dispares entre sí. En particular, se da cuenta de las sentencias de Pleno 579/2022, de 26 de julio (Rafael Sarazá Jimena), sobre los principios de justicia rogada y congruencia en los pleitos de consumo; 747/2022, de 14 de octubre (Antonio García Martínez), sobre el control de los comentarios en *Facebook*; y la sentencia 771/2022, de 10 de noviembre (José Luis Seoane Spiegelberg) relativa a desahucio por precario y alegación de la Ley 1/2013 por el precarista.

Palabras clave

Justicia rogada, desahucio por precario, responsabilidad civil en Internet

Abstract:

This report covers a fruitful period of case-law development of the private law division of the Spanish Supreme Court in different matters. Three plenary judgements are particularly analysed in the report: Judgement 579/2022, July 26 (reporting judge, Rafael Saraza) on the party disposition principle and the consistency rule in consumer protection cases; judgement 747/2022, October 14, (reporting judge, Antonio García) on control of the users' comments by Facebook, and judgement 771/2022 (reporting judge, Jose Luís Seoane) on eviction of tenants and the efficacy of alleging statute 1/2013 by the tenant.

Keywords

Party disposition principle, eviction of tenants, liability for on-line misconduct.

1.- Antes de examinar las sentencias que obligan a una más detenida dación en cuenta, refiero ahora algunas cuantas que repiten doctrinas sabidas o que apuntan lejos. Veámoslas.

(i) La sentencia de Pleno [669/2022, de 14 de octubre](#) (José Luis Seoane Spiegelberg) nos recuerda una útil enseñanza, en su fundamento de derecho 3.º, apartado 3:

“Como precisan las sentencias de esta Sala n.º [327/2010, de 22 de junio](#) [Antonio Salas Carceller]; n.º [362/2011 de 7 de junio](#) [Rafael Giménez-Bayón], son irrecurribles los argumentos ex abundantia; n.º [344/2018, de 7 junio](#) [Eduardo Baena Ruiz], y n.º [453/2018, de 18 de julio](#) [Antonio Salas Carceller]; no constituyen jurisprudencia los argumentos obiter dicta, a “mayor abundamiento” o “de refuerzo”, sino la fundamentación de la resolución que tenga carácter decisivo o determinante del fallo; es decir, que constituya su ratio decidendi (SSTS n.º [1238/2007, de 27 de noviembre](#) [Antonio Salas Carceller]; n.º [1348/2007, de 12 de diciembre](#) [Ignacio Sierra Gil de la Cuesta]; n.º [43/2008, de 25 de enero](#) [Clemente Auger Liñán]; n.º [38/2008, de 25 de enero](#) [Clemente Auger Liñán]; y n.º [597/2008, de 20 de junio](#) [Clemente Auger Liñán], entre otras).”

Hay una estrechísima conexión entre cuál sea asunto o materia al que debe referirse el recurso de casación -la que sea determinante para el fallo- y lo que configura la doctrina de la sala -el interés casacional-. Ambos asuntos desembocan en la *ratio decidendi* de la sentencia, que es lo que importa y no las cuestiones accesorias que se hayan debatido, por largos desarrollos que haga la sala sobre tales aspectos secundarios. Sobre la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* recuerdo de nuevo -y no estoy seguro de que sea la última vez que lo haga- el trabajo de José Puig Brutau: “Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo”, *Revista Jurídica de Cataluña* (1953), pp. 40-57.

(ii) La sentencia [758/2022, de 7 de noviembre](#) (Antonio García Martínez) se pronuncia sobre los informes periciales y abunda, con otro lenguaje, en los elementos que deben considerarse para valorarlos así como en la llamada “sana crítica” a que debe someterse (art. 348 LEC). Lo cierto es que no está muy claro en qué consiste la labor de sujetar a crítica racional lo que diga un informe pericial. Así en su fundamento de derecho 2.º, apartado 3:

“Es cierto, como dice la Audiencia Provincial, que el juzgado se aparta de las recomendaciones del equipo psicosocial, pero el informe del equipo psicosocial sirve para auxiliar al tribunal y, como recordamos en la sentencia [705/2021, de 19 de octubre](#) [M.ª Ángeles Parra Lucán], con cita de la [318/2020, de 17 de junio](#) [Eduardo Baena Ruiz], que, a su vez, cita otras, “[...] tales informes deben ser

analizados y cuestionados jurídicamente por el tribunal, como ocurre con los demás informes periciales [...]".

Y ello, porque no son instrumentos retóricos, sino herramientas epistémicas adecuadas para suministrar información sobre los hechos relevantes del proceso cuyo mérito y calidad debe establecer el tribunal a través de un proceso de valoración racional, intersubjetivamente controlable. De ahí, que su valoración crítica no se pueda eludir ni reputar innecesaria, pues quien lo emite, por muy experto que sea, no es el juez del caso, por lo que la recepción acrítica y automática juridificación de sus conclusiones a través de su simple incorporación a la sentencia judicial, sin mayor comentario, no se puede considerar adecuada, y menos aún, cuando se trata de establecer lo más conveniente para el interés de las menores"

(iii) En algún momento deberán racionalizarse los estándares probatorios, esto es, cuándo y de qué manera un hecho que es determinante para el fallo es "altamente probable" o "altamente improbable": así, la sentencia [622/2022, de 26 de septiembre](#) (Antonio García Martínez).

Me hago dos preguntas: por un lado, ¿por qué decidir que un hecho solo se acredita si es "altamente" probable y no cuando es sencillamente probable? La conjetura, la hipótesis y el juicio de probabilidad -que confirme aquella- son elementos que construyen justamente la "presunción judicial" como deducción "lógica" (art. 386.1 LEC). Los estándares de prueba son un asunto de la mayor importancia y exigiría una larga, muy larga, reflexión: un apunte preliminar, muy interesante, como suele, Marina Gascón Abellán: "Estándares de prueba y motivación", en *Argumentación jurídica*, Marina Gascón (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 426 y ss.

Por otro lado y al hilo de la cuestión de fondo que resuelve la sentencia: ¿qué debemos hacer con la pensión compensatoria? ¿derogarla? Sobre esta cuestión me parece que la cosa va para largo: véanse, sino, las sentencias 838/2022, de 28 de noviembre (José Luis Seoane Spiegelberg) que fija una pensión de duración indefinida o la sentencia 837/2022, de 28 de noviembre (María de los Ángeles Parra Lucán) que refiere la "pérdida de oportunidades" como razón última de ser de la pensión.

(iv) La rivalidad, el enconamiento, el enfrentamiento mutuo entre los sucesivos litigantes amplía la crítica acerba que cabe admitir así como el margen de tolerancia frente a improprios o ácidas críticas: véanse las sentencias [620/2022, de 22 de septiembre](#) (*comunidad de propietarios*; Francisco Javier Arroyo Fiestas) y [623/2022, de 26 de septiembre](#) (*departamento universitario*; Francisco Javier Arroyo Fiestas).

(v) Las expresiones manifiestamente ofensivas y ultrajantes son siempre innecesarias y lesivas y no merecen amparo, se repudian incluso aunque guarden relación con la noticia o el hecho que se difunde y la valoración de esta. La sentencia [630/2022, de 27 de septiembre](#) (Rafael Sarazá Jimena) en su fundamento de derecho 7.º señala:

“3.- El requisito de la proporcionalidad supone que ninguna información, ni la valoración que acompañe a la misma, puede manifestarse mediante frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan o con la noticia que se comunique y, por tanto, innecesarias en cuanto carentes de justificación a tales propósitos (sentencias [572/2022, de 18 de julio](#) [M.ª Ángeles Parra Lucán]; [252/2019, de 7 de mayo](#) [Francisco Marín Castán]; [338/2018, de 6 de junio](#) [Francisco Marín Castán]; [156/2018, de 21 de marzo](#) [Francisco Marín Castán]; y [685/2017, de 19 de diciembre](#) [Francisco Marín Castán]).

4.- Lo relevante para determinar el carácter meramente ofensivo u oprobioso de una expresión es su vinculación o desvinculación con la información transmitida y el juicio de valor emitido (sentencia [252/2019, de 7 de mayo](#) [Francisco Marín Castán]), dado que ni la información ni la opinión o crítica pueden manifestarse con frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con la noticia que se comunique o con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a tales propósitos. La transmisión de la noticia o reportaje y la expresión de la opinión no pueden sobrepasar, respectivamente, el fin informativo o la intención crítica pretendida, dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, debiendo prevalecer en tales casos la protección del derecho al honor (sentencias [481/2019, de 20 de septiembre](#) [Eduardo Baena Ruiz] y [370/2019, de 27 de junio](#) [Eduardo Baena Ruiz]).”

(vi) El humor o el sarcasmo no es lo que parcialmente considere el medio de comunicación o el periodista -por más público que jalee su verbo florido-, sino lo que lo sea objetivamente y no se le ve la gracia -sí la desgracia- al hecho de sugerir la vinculación de una persona con el terrorismo: así, la sentencia [646/2022, de 5 de octubre](#) (*titirietarras*, Juan María Díaz Fraile).

(vii) También debe destacarse la favorable acogida a las libertades de expresión e información que propone el Tribunal que ni reduce ni estrecha el campo de juego del debate o la controversia, como parecen pedir los recurrentes.

Véanse, así, las sentencias [577/2022, de 19 de julio](#) (*grupo musical Triana*; Ignacio Sancho Gargallo); [585/2022, de 26 de julio](#) (controversia entre facciones, *Federación de Los Verdes*; Rafael Sarazá Jimena); [588/2022, de 26 de julio](#) (*Candidatura d'Unitat Popular*, la CUP, Rafael Sarazá Jimena) y la sentencia Pleno [593/2022, de 28 de julio](#) (*El programa de Ana Rosa*, José Luis Seoane Spiegelberg) sobre libertad de información en relación con el derecho a la propia imagen y que hace unas prolijas consideraciones sobre el derecho a la propia imagen en la sociedad digital (fundamento de derecho 3.º, apartados 4 y 5).

(viii) Otras sentencias constatan la naturaleza menguante de la intimidad de los personajes que participan en la crónica social, en uno u otro lado de las controversias, según los casos. Así las sentencias [759/2022, de 7 de noviembre](#) (*Sálvame de luxe*; Francisco Javier Arroyo Fiestas) y [793/2022, de 18 de noviembre](#) (*Lecturas*, Francisco Javier Arroyo Fiestas).

Tal vez la disputa judicial sea una pieza más del entramado de descarnada exposición pública de la intimidad de los protagonistas en un buen número de resoluciones judiciales. Y hayan pasado los tribunales y sus resoluciones a enriquecer el entretenimiento de tirones o troyanos.

(ix) En fin, se reitera que la expulsión de asociados no se somete, en general, a los límites y reglas propias del Derecho sancionador: sentencia [755/2022, de 3 de noviembre](#) (*Club de Campistas El Garbí, SC*, Rafael Sarazá Jimena).

(x) O, por último, qué tengo que creer para ser coherente con mi partido o qué disidencia es posible o, desde otra perspectiva, qué convicciones se imponen por la pertenencia a un partido -o cómo conciliar libertad de conciencia con adopción y sujeción al programa del

partido. Es el caso de la sentencia [682/2022, de 18 de octubre](#) (*Podemos*; Rafael Sarazá Jimena).

Son de interés dos pronunciamientos de esta sentencia que resuelve, en suma, un caso de eficacia horizontal de los derechos fundamentales o *Drittwirkung*. En el primero se recuerda (fundamento de derecho 6.º, apartado 4) el alcance del control de las decisiones disciplinarias de los partidos políticos -distintos, por su posición cualificada en la participación política, art. 6 de la Constitución, a otras asociaciones o agrupaciones-:

“Como ya hicimos en la sentencia [412/2020, de 7 de julio](#) (Rafael Sarazá Jimena), hemos de partir de que la STC [226/2016, de 22 de diciembre](#) (Adela Asua Batarrita, con votos particulares), ha supuesto un punto de inflexión respecto de la jurisprudencia anterior, pues ha introducido importantes modificaciones en el control judicial de la actuación disciplinaria de los partidos políticos. Al considerar que los partidos políticos son asociaciones constitucionalmente cualificadas, que ocupan una posición dominante en el ámbito de la participación política, el Tribunal Constitucional ha afirmado que el control judicial de la regularidad de los acuerdos disciplinarios puede extenderse al análisis material de las causas de la sanción.”

El juicio de ponderación se materializa en el fundamento de derecho 8.º que da cuenta de las razones para estimar el recurso interpuesto por los afiliados -y pertenecientes también a la Escuela *Prometeus*- respecto al partido:

“1.- En alguna ocasión (sentencia [412/2020, de 7 de julio](#) [Rafael Sarazá Jimena]) hemos declarado que los afiliados a un partido político no dejan su libertad de expresión en la puerta de la sede del partido cuando se afilian a él, por más que la afiliación suponga algunas limitaciones a dicha libertad, que no sufren los no afiliados. Esta afirmación es también sustancialmente aplicable a la libertad religiosa o de creencias.

*2.- Los partidos políticos son organizaciones con un claro componente ideológico que articulan a una pluralidad de individuos y convierten esa diversidad en una expresión ordenada y unitaria capaz de traducirse en decisiones políticas concretas. En consecuencia, es lógico que cada partido exija a sus afiliados una coherencia ideológica, un compromiso con el ideario (que en *Podemos* se denomina*

"documento ético") y el programa del partido, sin perjuicio de permitir el debate interno e incluso la disidencia, dentro de los márgenes razonables en torno a esa ideología y ese programa. Como declara la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia) en sus Lineamientos sobre la regulación de los Partidos Políticos adoptados en su 84.ª sesión plenaria, "[e]l derecho individual de libre asociación no se extiende a requerir que un partido político exija aceptar a miembros que no comparten sus creencias y valores fundamentales".

3.- Ahora bien, en lo que no sea incompatible con esa ideología y ese programa, los afiliados conservan su libertad de creencias sin que por razón de esas creencias puedan ser expulsados o ver limitado su derecho de participación en la organización y la vida interna del partido, incluida la posibilidad de ocupar un cargo en el partido o presentarse a las elecciones primarias para integrar las candidaturas del partido a las diversas elecciones en las que participe.

4.- En la resolución del consejo ciudadano en la que se denegó la validación de la candidatura de los demandantes para participar en las elecciones primarias de Ahora Madrid, las razones de fondo de dicha decisión, a las que ha quedado circunscrito el debate procesal, se basan en la no conformidad de dicha candidatura con dos de los principios enunciados en el "documento ético" de Podemos.

5.- El primer principio con el que sería incompatible la candidatura de los demandantes sería "el compromiso de [...] abstenerse de optar a cargos electos con el objetivo de representar intereses personales, económicos o políticos ajenos a los que correspondan en cada caso al cargo electo en cuestión".

6.- La consideración de que la mera adscripción de un afiliado a una confesión religiosa o a una institución en la que se canalice la dimensión externa y colectiva de una determinada creencia de otra naturaleza (como es el caso de una escuela esotérica para quienes profesan esas creencias esotéricas) supone que, en caso de ostentar un cargo electo, el afiliado defenderá "intereses personales, económicos o políticos ajenos a los que correspondan en cada caso al cargo electo en cuestión", con la consecuencia de que no pueda participar en los procesos de elecciones primarias del partido político, constituye una restricción excesiva e injustificada de la libertad de creencias del afiliado. Sin ningún otro dato

complementario, no está justificado que se identifique la adscripción del miembro del partido a una confesión religiosa o a unas creencias de otra naturaleza con que su participación en unas elecciones primarias esté motivada por el interés de anteponer sus intereses "personales, económicos o políticos" a los propios del cargo al que opta.

7.- El otro principio del "documento ético" de Podemos con el que, según el partido demandado, sería incompatible la candidatura de los demandantes y que justificó la negativa del consejo ciudadano a validarla, sería el de "impulsar el laicismo, promoviendo un sistema democrático fundado en la libertad de conciencia, sin apoyar ningún culto o religión".

8.- En el contexto del llamado Documento Ético de Podemos, en que se recogen sus principios ideológicos, ha de entenderse por laicismo la promoción de una sociedad organizada aconfesionalmente, esto es, de forma independiente y ajena a las confesiones religiosas, y la secularización del Estado. Por tanto, el mero hecho de profesar una religión o, de un modo más amplio, unas creencias, no supone por sí solo infringir ese principio.

9.- Pues bien, ni en el acuerdo adoptado por el órgano del partido demandado ni en las alegaciones que dicho partido ha hecho en este litigio existe una explicación o justificación de que la Escuela Prometeus, que se define como iniciática (sic) y esotérica, propugne que la organización social y, más concretamente, la organización política de la sociedad se ajuste a las exigencias de esas creencias.

10.- Esas creencias pueden tener una dimensión que afecte exclusivamente al ámbito individual, personal, pero que no supongan necesariamente una exigencia de adaptación de la organización política a determinadas directrices impuestas por tales creencias.

11.- Sin una justificación razonable de la contradicción entre las creencias de los afiliados y los principios ideológicos y programáticos del partido, que en este caso no se ha producido, limitar el derecho de participación de los afiliados en el funcionamiento y la organización interna del partido, en concreto en las elecciones primarias, por profesar unas creencias, constituye una limitación relevante de sus derechos de participación que afecta negativamente a su libertad de

creencias, pues son estas creencias la causa por la que han visto limitados sus derechos, sin que ello esté justificado por la necesidad de coherencia ideológica del partido político.

12.- Por tanto, lo relevante no es que el acuerdo del partido político que restringió los derechos de participación de los demandantes dijera apoyarse en los estatutos, sino comprobar que, efectivamente, los estatutos amparaban la medida adoptada en dicho acuerdo; lo relevante no es que el acuerdo declarara que la pretensión de los demandantes de participar en las elecciones primarias era contraria al ideario del partido político sino comprobar que, efectivamente, existía una base razonable de que tal contradicción se producía y que no se restringían los derechos fundamentales de los afiliados más allá de lo que la coherencia ideológica y política del partido político exigía.”

2.- Las sentencias de Pleno de este periodo -agosto, diciembre- han sido las siguientes. alguna de ellas no merece un examen separado al consolidar la doctrina de la sala: así la sentencia [669/2022, de 14 de octubre](#) (José Luis Seoane Spiegelberg), relativa a la interpretación de la Disposición Transitoria 3.ª B) apartados 3, 4, 5 y 6 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, *de arrendamientos urbanos*, en que no se aparta de la doctrina de la sala (sentencias [863/2021, de 14 de diciembre](#) [Antonio García Martínez], y [279/2022, de 31 de marzo](#) [Antonio García Martínez]).

Exponemos especialmente las sentencias [579/2022, de 26 de julio](#) (Rafael Sarazá Jimena), *sub* (i); [747/2022, de 14 de octubre](#) (Antonio García Martínez), *sub* (ii); y [771/2022, de 10 de noviembre](#) (José Luis Seoane Spiegelberg), *sub* (iii).

(i) Sentencia Pleno [579/2022, de 26 de julio](#) (Rafael Sarazá Jimena). El asunto trae causa -o es efecto- de la cuestión prejudicial que planteara el propio Tribunal y que resume en los apartados de su antecedente de hecho 3.º (ni que decir que un asunto del mayor interés en los autos que formulan la cuestión prejudicial es la determinación o explicación de cuál sea el Derecho aplicable, asunto sobre el que debe ilustrar el que pregunta):

“5.- Tras una primera deliberación del recurso y tras un trámite de audiencia a las partes, el [27 de noviembre de 2019](#) se dictó un auto [Pleno, Rafael Sarazá Jimena] en el que se formuló una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del siguiente literal: “El artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se opone a la aplicación de los principios procesales de justicia rogada,

congruencia y prohibición de reformatio in peius, que impiden al tribunal que conoce del recurso interpuesto por el banco contra una sentencia que limitó en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una “cláusula suelo” declarada nula, acordar la restitución íntegra de dichas cantidades y empeorar con ello la posición del recurrente, porque dicha limitación no ha sido recurrida por el consumidor?”

6.- *El [17 de mayo de 2022 la Gran Sala del Tribunal de Justicia \[L contra Unicaja Banco, asunto C 869-19\]](#) dictó una sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara: “El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de principios procesales nacionales en cuya virtud un tribunal nacional que conoce de un recurso de apelación contra una sentencia que limita en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una cláusula declarada abusiva no puede examinar de oficio un motivo basado en la infracción de dicha disposición y decretar la restitución íntegra de esas cantidades, cuando la falta de impugnación de tal limitación en el tiempo por el consumidor afectado no puede imputarse a una pasividad total de este”.*

La cuestión estriba en cómo se corrige la errada doctrina del Tribunal Supremo de 2013 por la sentencia [123/2017, de 24 de febrero](#) [Pleno, Pedro J. Vela Torres] sobre la limitación de los efectos restitutorios de la nulidad que declaró el propio TJUE, Gran Sala, en su [sentencia de 21 de diciembre de 2016](#) (*Gutiérrez Naranjo*, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15).

En particular cuando, como era el caso, el consumidor “no” había recurrido la limitada restitución y, por tanto, si es posible la condena a su pago íntegro porque suponía -supone- prescindir de las reglas relativas a la prohibición de la *reformatio in peius*, la congruencia y la justicia rogada (se da más de lo pedido en detrimento de la posición que ocupara el recurrente antes de su recurso). O, desde la perspectiva con que lo aborda el TJUE, cuál es el alcance del principio de efectividad.

Así en el fundamento de derecho 3.º la sentencia, en escrupulosa aplicación de la doctrina sentada por el TJUE -art. 4 bis 1 LOPJ-, dice:

“3.- En la fundamentación de la sentencia, el TJUE afirma que, en las circunstancias del presente asunto, el hecho de que un consumidor no haya interpuesto recurso en el plazo oportuno puede imputarse a que, cuando dictó la [sentencia de 21 de diciembre de 2016](#) (C-154/15, C-307/15 y C-308/15) ya había transcurrido el plazo en el que se podía interponer recurso de apelación o impugnar la sentencia en virtud del Derecho nacional. Por tal razón, el TJUE declara que no cabe considerar que el consumidor haya mostrado una pasividad total al no cuestionar ante un tribunal de apelación la jurisprudencia hasta entonces mantenida por el Tribunal Supremo. En estas circunstancias, el TJUE concluye que la aplicación de los principios procesales nacionales de justicia rogada, de congruencia y de prohibición de reformatio in peius, al privar al consumidor de los medios procesales que le permiten hacer valer sus derechos en virtud de la Directiva 93/13, puede hacer imposible o excesivamente difícil la protección de tales derechos, vulnerando de este modo el principio de efectividad.

4.- Dada la contestación del TJUE a la cuestión prejudicial planteada por esta sala, procede estimar el recurso de casación formulado por la prestataria, revocar la sentencia de la Audiencia Provincial, desestimar el recurso de apelación, acordar la estimación de la pretensión principal de la demanda y condenar a Unicaja a restituir a la demandante la totalidad de las cantidades que cobró por la aplicación de la cláusula suelo declarada nula, así como condenarla al pago de las costas.”

Después de esta sentencia de Pleno, hay ya un cuerpo de sentencias que recogen y aplican su doctrina: así, entre otras, las sentencias [702/2022, de 25 de octubre](#) (Ignacio Sancho Gargallo); [815/2022, de 16 de noviembre](#) (Juan María Díaz Fraile) -que trata de fijar un espacio más restringido a la doctrina al vincular la posibilidad del ejercicio exorbitante de tales facultades por el tribunal de apelación a la constatación de la pasividad del consumidor o de lo que hubiera podido hacer y no hizo-; [813/2022, de 22 de noviembre](#) (Rafael Sarazá Jimena); o las sentencias [814/2022, de 22 de noviembre](#) y [817/2022, de 22 de noviembre](#), ambas con ponencia de Pedro J. Vela Torres.

La efectividad -principio que es como la nitroglicerina: inestable, impreciso, explosivo- exige que no sea imposible o “excesivamente difícil” proteger los derechos conferidos. Cuáles sea la dificultad excesiva y cuándo, sin más, dificultad u obstáculo, es algo que queda en los borrosísimos márgenes de la discreción judicial.

(ii) Sentencia Pleno [747/2022, de 14 de octubre](#) (Antonio García Martínez). Podríamos titular su supuesto de hecho “los trapos sucios ya no se lavan en casa” o “nada como orear al público el rencor y la rabia”.

La parte más relevante (no lo es, aunque pudiera parecerlo, la de que no constituye en el caso intromisión en el derecho al honor que se llame a la recurrida “*esa cara de bollo de pan de 5 kg.*”) es la referida al control del que tiene abierta una cuenta en *Facebook* sobre los comentarios que terceros suban a tal cuenta y que la sala conecta con la propia forma de organizarse esta red social y los poderes de los titulares de las cuentas sobre ellas, su propia conducta anterior y el carácter evidente de la lesión al honor. Así en el fundamento de derecho 4.º, apartado 2:

“2. El motivo segundo se introduce con el siguiente encabezamiento: “Infracción del artículo 20. 1.º a) y d) en relación con el artículo 18 de la CE y los artículos 2.1 y 7.7 de la Ley Orgánica 1/82. Infracción de la jurisprudencia que establece los criterios de ponderación del ejercicio de los derechos fundamentales en colisión: “libertad de expresión versus derecho al honor”, todo ello en relación con la incorrecta aplicación del derecho y Jurisprudencia aplicable a la responsabilidad civil de mi representado respecto del ejercicio de la libertad de expresión de terceras personas”.

En su desarrollo, el recurrente alega que no está legitimado para proteger ni para restringir la libertad de expresión de las terceras personas que han realizado comentarios en una red social frente al derecho al honor de los demandantes, puesto que el derecho a la libertad de expresión tiene carácter subjetivo; que, consecuentemente, tampoco está legitimado para responder por la intromisión ilegítima que tales comentarios puedan suponer en el derecho al honor de aquellos; que no existe disposición legal que le obligue a vigilar o a supervisar los comentarios realizados por terceras personas en el ejercicio de su libertad de expresión ni está legitimado para ello, puesto que tal legitimación recae, exclusivamente, sobre el prestador de servicios web, Facebook, y sobre los propios demandantes, que tienen los mecanismos necesarios para denunciar ante el prestador de servicios los comentarios que consideren ofensivos para que sean eliminados de la red social, sin necesidad de actividad alguna por su parte; que exigirle una labor de

control y supervisión de los comentarios realizados por terceras personas de forma voluntaria, libre y espontánea, sobre las que no se encuentra en una situación de prevalencia, supondría obligarle a llevar a cabo una auténtica labor de censura de comentarios, realizando una ardua labor de ponderación entre dos derechos fundamentales; y que tal ponderación no parece una labor sencilla para un particular, ya que más bien se trata de una labor propia del ámbito jurisdiccional.

La tesis del recurrente no es acorde con la esencia y funcionamiento de Facebook, que es una red social de vínculos virtuales que tiene por objeto conectar a las personas y que estas puedan compartir contenidos, y en la que los usuarios disponen de un amplio poder para administrar y controlar sus cuentas. Además, tampoco se compadece con su propio comportamiento.

Las facultades de administración y control que tiene el recurrente sobre su perfil de Facebook son de una gran amplitud. Puede bloquear el perfil de alguien para que no pueda ver ni comentar sus publicaciones; reaccionar a los comentarios de ellas que se publiquen en su perfil; darles contestación; ocultarlos; denunciarlos; marcarlos como spam; bloquear el perfil o la página que los ha publicado; e incluso eliminarlos. Por lo tanto, no puede desentenderse sin más de lo que se publica en su perfil por otros usuarios, por la única y simple razón de no corresponderle a él, sino a otros, la autoría de lo publicado, y considerar, por ello, que estos son los exclusivos responsables de lo manifestado o dado a conocer y los únicos que deben cargar con sus consecuencias.

Pero es que, además, y como decimos, esa idea, que en la práctica se traduciría en una actitud puramente pasiva o abstencionista, tampoco se compadece con sus propios actos, pues, tal y como ha reconocido, eliminó el comentario del testigo al que antes nos hemos referido (D. Vidal), y no solo, sino también todas las contestaciones a dicho comentario «[...] por haberse iniciado una discusión online que [...] consideró que no era su perfil personal el lugar idóneo para que se produjese sin más».

El recurrente no ha cuestionado que las expresiones y frases que menciona la sentencia recurrida («gentuza», «sinvergüenzas», «incultos», «basura», «garrulos», «moscas cojoneras», «garrapatas hambrientas», «asquerosos», «yo los

liquidado y acabamos antes», «contrata a un matón», «unas ostias bien dadas y después a saber quién ha sido», «yo les pego un tiro al padre, a la madre y al hijo»), incluidas en comentarios publicados en su perfil público por terceros, aludiendo o refiriéndose a los recurridos, supongan un ataque grave a su dignidad y constituyan una intromisión abierta y claramente ilegítima en su derecho fundamental al honor. Y ha quedado probado que dichos comentarios no le pasaron desapercibidos y que tuvo conocimiento de su contenido, pese a lo cual no los eliminó, sino que se limitó a contestar a la mayoría y a agradecer las intervenciones.

La Audiencia Provincial considera que el recurrente es responsable. Y nosotros también, porque permitió que los comentarios publicados por los terceros en su perfil público de Facebook permanecieran en él, en vez de eliminarlos, que es lo que debía haber hecho al tener no solo un cabal y completo conocimiento de su contenido, manifiestamente atentatorio contra el honor de los recurridos, sino también un poder de control y decisión sobre su perfil que le legitimaba, igual que había hecho con otros, para borrarlos.

En un caso como el presente, en el que se produce una intromisión ilegítima de carácter evidente en el derecho al honor de los recurridos por los comentarios publicados por terceros en el Facebook del recurrente, la responsabilidad de este por no eliminarlos de su perfil público, una vez conocidos, no puede ser excusada por falta de legitimación, peligro de censura o dificultades de ponderación, puesto que existe un deber de diligencia reactiva y cuidado que le obliga, ejercitando su poder de control, a su borrado inmediato. Y si no actúa y se desentiende, incumple ese deber, convirtiéndose en responsable de los daños y perjuicios causados a título de culpa por omisión derivada de dicha falta de diligencia y cuidado.”

(iii) Sentencia Pleno [771/2022, de 10 de noviembre](#) (José Luis Seoane Spiegelberg). El asunto que aborda puede exponerse del siguiente modo: ¿puede el adquirente -que lo es como ejecutante o por cesión de remate en una ejecución hipotecaria- emprender un procedimiento de desahucio por precario frente al ocupante cuyo título ha decaído en virtud de la ejecución, sin que éste pueda oponer en tal caso las condiciones que predica del ejecutado la Ley 1/2013, de 14 de mayo, *de medidas para reforzar la protección de los*

deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social -que permite paralizar el lanzamiento en ciertos casos pero, parece, siempre “dentro del procedimiento de ejecución hipotecaria”, arts. 1.1, 2 párrafo primero-?

En el caso el motivo único de casación era justamente la vulneración del art. 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, puesto que consideraba que el que el propietario hubiera emprendido el procedimiento de desahucio “sucesivo” a la ejecución hipotecaria -en la que no se instó el lanzamiento- tenía como propósito exclusivo eludir lo previsto en la citada ley (sucesivamente modificada, RDL 1/2015, de 27 de febrero; Ley 25/2015, de 28 de julio; RDL 5/2017, de 17 de marzo y RDL 6/2020, de 10 de marzo).

La cuestión no estriba en si el propietario -lo sea bajo el título que lo sea- es libre de elegir el modo de defender su derecho o invocar su tutela, sino si el modo empleado elimina una ventaja de la que debía gozar el deudor ejecutado, sucesivamente poseedor sin título -o precarista-. Aunque no se alega como norma infringida, para el recurrente está en juego el fraude de ley puesto que al amparo de una ley -o libertad- se elude otra.

El pleno considera que el asunto tiene interés casacional en razón de la divergencia entre Audiencias provinciales (fundamento de derecho 2.º, apartado 2.2.) y decide finalmente lo siguiente:

(i) El ejecutante o adjudicatario debe instar el desalojo en el procedimiento de ejecución hipotecaria (fundamento de derecho 3.º, apartado 3.2); (ii) cuestión distinta es el caso de que se ejerza la pretensión de desalojo por quien no es parte ni tuvo intervención alguna en el juicio de ejecución hipotecaria (fundamento de derecho 3.º, apartado 3.3) siempre, debemos añadir, que sea un “tercero de buena fe”, esto es, que no actúe en connivencia con ejecutante o adjudicatario para evitar la aplicación de la Ley 1/2013. En este caso -aunque después en el apartado 3.4 no se pueda establecer con certidumbre qué facultades asisten al ejecutado para hacer valer la Ley 1/2013 fuera del procedimiento de ejecución, conforme al fundamento de derecho 3.º, apartado 3.3:

“En dicho procedimiento, el demandado podrá, además, hacer valer su título a permanecer en la posesión de la cosa, mediante la aportación del auto de suspensión del lanzamiento o contrato de arrendamiento obtenidos al amparo de la Ley 1/2013.

A tal posibilidad de oposición, nos referimos, expresamente, en la sentencia [502/2021, de 7 de julio](#) [Juan María Díaz Fraile], así como en [la 719/2021, de 25](#)

[de octubre](#) [Juan María Díaz Fraile], en las que no se planteó, y, por lo tanto, no se resolvió, la cuestión debatida, en el presente recurso, sobre la idoneidad de la vía del juicio de precario. En cualquier caso, en dichas resoluciones declaramos:

"Esta suspensión constituye, por tanto, una medida procesal que afecta a la ejecución del lanzamiento de los ocupantes sin título (los propietarios ejecutados perdieron el dominio de la finca como consecuencia de su adquisición por el adjudicatario en la subasta). En la medida en que el lanzamiento queda en suspenso, se suspende también correlativamente el derecho del adjudicatario de obtener la posesión del inmueble (no se genera una situación de "copesión") y, en consecuencia, el ejecutado conserva durante ese tiempo el uso o disfrute de la posesión inmediata de la vivienda. No constituye una situación meramente tolerada por el adjudicatario, en la medida en que no tiene su fundamento en su consentimiento; la situación posesoria se mantiene temporalmente a favor del ejecutado aun sin o incluso contra la voluntad del adjudicatario, que tiene el deber jurídico de soportarlo. No se trata de un "mero o simple hecho de poseer" (art. 5 LH)".

Y añadimos, en la STS [502/2021, de 7 de julio](#) [Juan María Díaz Fraile]: "8.- Por ello, el acreedor adjudicatario carece de acción de desahucio frente al deudor ejecutado durante el tiempo de la suspensión, pues está directamente vinculado y obligado por la resolución judicial dictada en el procedimiento de ejecución en el que ha participado como ejecutante. También debe entenderse vinculado por la suspensión cualquier otro adjudicatario que haya actuado en la subasta por cuenta del acreedor, pues conforme a la redacción original del art. 1 de la Ley 1/2013, la suspensión del lanzamiento alcanza también a los casos de procesos de ejecución hipotecaria en que "se hubiera adjudicado [la vivienda] al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta"".

Por último, dada la naturaleza plenaria del proceso por precario (SSTS [691/2020, de 21 de diciembre](#) [Juan María Díaz Fraile]; [502/2021, de 7 de julio](#) [Juan María Díaz Fraile] y [605/2022, de 16 de septiembre](#) [José Luis Seoane Spiegelberg]), cabe alegar y debatir dentro de dicho procedimiento, la cuestión relativa a la aplicación de la Ley 1/2013, que deberá ser resuelta, como cuestión de fondo o, en su caso, mediante la aplicación de la normativa de la prejudicialidad civil (art. 43 LEC), por el juez que conozca del procedimiento de precario."

3.- Hay algunas sentencias que merecen una exposición detenida y que son, me parecen, las siguientes. Ni que decir tiene que la selección es discrecional y más en esta *Crónica* en la que se han acumulado sentencias de distinto pelaje y muchas con declaraciones o asuntos de interés. Menciono ahora de corrido las que no examino con detalle pero que merecen figurar en el elenco de las sentencias de interés.

La sentencia [536/2022, de 5 de julio](#) (Pedro J. Vela Torres) se refiere al alcance de la buena fe en un caso de representación en la junta general de una sociedad. La sentencia [569/2022, de 18 de julio](#) (José Luis Seoane Spiegelberg) aborda el cálculo del daño en caso de resolución de un contrato de arrendamiento; y la sentencia [596/2022, de 12 de septiembre](#) (Francisco Javier Arroyo Fiestas) desgrana el significado de la exclusividad en la Ley de crédito al consumo, antiguo art. 15 b) Ley 7/1995, de 23 de marzo, *de crédito al consumo* -la exclusividad no impide la concurrencia en cascada de varios financiadores.

La sentencia [625/2022, de 26 de septiembre](#) (José Luis Seoane Spiegelberg) lo deja claro: los malos maridos -un marido violento nunca es buen marido- no son buenos padres, no pueden serlo, porque son un pésimo modelo. La sentencia [798/2022, de 22 de noviembre](#) (Juan María Díaz Fraile) se pronuncia sobre la noción de grupo, a los efectos del art. 86 RD 1098/2001, de 12 de octubre, *por el que se aprueba el Reglamento general de la ley de contratos de las administraciones públicas*, cuando el control lo ostentan distintas personas miembros del mismo grupo familiar en proporciones distintas sobre las sociedades en cuestión -lo que importa es, dice la sala, que el núcleo familiar disfrute del poder de decisión-.

Sin incertidumbre no hay riesgo ni, por tanto, seguro y así es razonable el art. 19 LCS que excluye la indemnización en caso de que el siniestro haya sucedido por mala fe del asegurado (art. 19 LCS): sentencia [799/2022, de 22 de noviembre](#) (Pedro J. Vela Torres). Les recuerdo el art. 19 LCS: “*El asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado*”.

La sentencia [701/2022, de 25 de octubre](#) (Pedro J. Vela Torres) resuelve la impugnación de acuerdos sociales por abuso de derecho, con tales acuerdos se pretendía por la sociedad vaciar de contenido el derecho que sería reconocido de modo inminente al socio.

Reitera la doctrina de la sala sobre responsabilidad de los administradores sociales por las deudas sociales en caso de incumplimiento del deber de instar la disolución -art. 367 LSC-

aunque sucesivamente se remueva la causa de disolución la sentencia [777/2022, de 16 de noviembre](#) (Ignacio Sancho Gargallo). La doctrina que se reitera es la contenida en la sentencia [585/2013, de 14 de octubre](#) (Ignacio Sancho Gargallo).

Resuelve el ejercicio de una acción de declaración de deslealtad de la conducta del administrador social y nulidad del negocio de dación en pago hecho por el administrador infringiendo tal deber de lealtad la sentencia [812/2022, de 22 de noviembre](#) (Rafael Sarazá Jimena). Se desestima porque no se acredita que el valor de los bienes dados en pago tuvieran un valor de mercado inferior al importe de los créditos que se pagaban con tales bienes.

La sentencia [647/2022, de 6 de octubre](#) (Antonio García Martínez) se pronuncia respecto a la fijación de la indemnización del daño moral “por contraste”, esto es, recurre para determinar su cuantía a lo que se ha hecho “en este tipo de casos”, de modo que con este criterio se trata de introducir una cierta previsibilidad en las cuantías de estos daños, que padecen de notaria discreción judicial de difícil control.

La sentencia [629/2022, de 27 de septiembre](#) (María de los Ángeles Parra Lucán) establece la responsabilidad *ultra vires* del cónyuge no deudor en caso de deuda ganancial al no haberse formulado correctamente el inventario -deuda no incluida, luego se trata de un pasivo oculto-.

Sobre la infracción indirecta de los derechos de propiedad intelectual, o qué alcance tenga el art. 138 LPI -en particular su párrafo segundo- se pronuncia la sentencia [714/2022, de 26 de octubre](#) (Ignacio Sancho Gargallo).

Para que pueda reclamarse con éxito un reembolso frente a la sociedad de gananciales por pago con fondos privativos no es necesario que al tiempo del pago se haga manifestación del carácter privativo del dinero y se formule reserva del derecho de reintegro: así la sentencia [823/2022, de 23 de noviembre](#) (María Ángeles Parra Lucán). Sintetiza la doctrina la sentencia [731/2022, de 2 de noviembre](#) (María Ángeles Parra Lucán). Y no es indicio concluyente de liberalidad ingresar una suma en una cuenta común: sentencia [608/2022, de 16 de septiembre](#) (María Ángeles Parra Lucán).

Es interesante constatar que hay que distinguir entre presunción de ganancialidad -que es pura presunción y no regla de fondo atributiva de la titularidad- y la confesión o atribución de ganancialidad a un bien o fondo empleado, confesión en la

que, finalmente, hay un desplazamiento patrimonial gratuito (un cónyuge hace que lo suyo sea de ambos, sin correspectivo).

En fin, sobre fianza y cláusulas abusivas, las sentencias [684/2022, de octubre](#) (Ignacio Sancho Gargallo) y [685/2022, de 21 de octubre](#) (Juan María Díaz Fraile), que comenta Manuel J. Marín López ([Centro de estudios de consumo, 22 de octubre de 2022](#)); sentencias que obligan a embarcarse en el oscuro espacio de las garantías desproporcionadas, el valor que tenga la solidaridad, las razones o sinrazones de la acumulación de garantías o cuál sea el rango o criterio al que recurrir para saber qué es proporcionado y, entre ellos, los valores de tasación de las fincas dadas en garantía.

4.- Ahora sí, veamos por separado algunas sentencias del periodo al que concierne esta *Crónica*.

(i) La restitución del poseedor de mala fe de los frutos con deducción de los gastos hechos para su producción, recolección y conservación: sentencia [603/2022, de 14 de septiembre](#) (*Rioja alavesa, Marqués de Riscal y Bauza*; Juan María Díaz Fraile), que cita, como caso análogo, la sentencia [230/2008, de 24 de marzo](#) (Juan Antonio Xiol Ríos).

En el caso dos bodegas (Herederos Marqués de Riscal, por un lado, y Bauza, por otro) consideran que disfrutan de título legítimo -ambas de arrendamiento y ambas con la misma *Congregación* como arrendadora- para la explotación de ciertas viñas y, así una de ellas, Herederos Marqués de Riscal, vendimia un año y la otra -Bauza- reclama como propia la cosecha y así pide que se abone su precio.

De lo que querría dar cuenta es de la interpretación de los artículos 451 y 455 CC cuya vulneración se aduce como motivo de casación. La controversia se centra, en lo que atañe al reembolso, en qué debe reembolsarse y qué partidas de gastos o costes de producción deben, si acaso, deducirse; en particular, los costes de poda, abono, tratamientos y mano de obra para la vendimia por el poseedor de peor condición a los que este suma las rentas pagadas a la propietaria de las viñas.

Primero se construye la posesión de mala fe de Herederos Marqués de Riscal, en razón del conocimiento o incertidumbre que padecía -también sucesivo, puesto que *mala fides superveniens nocet*- en el fundamento de derecho 4.º (apartados 2-3) que se refiere a dos cuestiones: por un lado, la deducción de los gastos de cultivo porque los gastos necesarios se abonan a todo poseedor -art. 453 I CC- y, por otro lado, la restitución de las rentas pagadas, que es un asunto extraño a la relación entre poseedores y sí, si acaso, entre quien

pagó y quien la cobró (no cabría simultáneamente pedir la deducción y la restitución frente al *accipiens* indebido). Así en el mismo fundamento de derecho 4.º dice la sentencia:

“6.- El art. 455 CC reconoce al poseedor de mala fe el “derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa”, en concordancia con el art. 453 CC que declara el derecho al abono de esos gastos necesarios “a todo poseedor”. Es cierto que, aunque el precepto se refiere a los gastos “hechos para la conservación de la cosa”, la doctrina mayoritariamente admite que ese derecho se extiende también a los gastos necesarios para la producción de los frutos, con fundamento en el hecho de constituir el correlato de la obligación que impone el art. 356 CC a quien percibe los frutos de “abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación”. Así se desprende también de la jurisprudencia de esta sala, según resulta, por ejemplo, de la sentencia [230/2008, de 24 de marzo](#) (Juan Antonio Xiol Ríos):

*“b) La sentencia recurrida no expresa que el aparcerero haya continuado en la posesión de la finca de mala fe. Sin embargo, de sus pronunciamientos se deduce esta apreciación, por cuanto condena al aparcerero a la entrega “del valor de todos los frutos producidos incluyendo no sólo las cosechas sino las subvenciones, **deducidos los gastos de cultivo**, mientras que la parte demandada habrá de ser indemnizada con el valor de las mejoras realizadas” desde la fecha de extinción del contrato según el contenido de sus cláusulas. [...]” (énfasis en negrita añadido).*

7.- Ahora bien, conviene aclarar que en el presente caso no cabe realizarla deducción de la indemnización por la compensación o minoración de esos gastos o costes de producción por dos motivos: primero, porque Bodegas Marqués de Riscal no probó nada en relación con tales gastos y, segundo, porque según lo declarado probado por la Audiencia Provincial de Álava en la sentencia antes citada 139/2017, de 20 de marzo, recaída en el previo juicio verbal de tutela sumaria de la posesión entre las mismas partes, se produjo sobre las fincas una situación de “tareas solapadas, duplicadas”; lo que se corresponde también con la declaración de la sentencia de primera instancia de este procedimiento en el sentido de que Bodegas Bauzá en ningún momento perdió la posesión material de las fincas. Por tanto, no cabe apreciar que las posibles tareas de cultivo y recolección

realizadas por Bodegas Marqués de Riscal, de haber existido, tuvieran el carácter de "necesarias" para la producción de la cosecha.

8.- Tampoco puede acogerse favorablemente la pretensión de reducción del importe de la indemnización por razón del pago de rentas efectuada por Marqués de Riscal a favor de la Congregación propietaria, sin perjuicio del eventual derecho que tenga o hubiera podido tener a reclamar su devolución como pago indebido. Y ello también por una doble razón.

En primer lugar, porque Bodegas Bauza debe asumir el coste que le supone el pago de las rentas pactadas en su propio contrato (que según declaró acreditado el juzgado viene pagando puntualmente), no las de otro contrato arrendaticio con el mismo objeto, lo que implicaría un doble pago injustificado. Por la misma razón, tampoco cabe deducir de la indemnización el importe de las rentas arrendaticias abonadas durante 2017 por Bodegas Bauza.

En segundo lugar, porque el importe del pago de esas rentas, si se produjo, debió haber sido acreditado por Marqués de Riscal conforme a los principios de disponibilidad y facilidad probatoria. Como hemos declarado en reiteradas ocasiones, los referidos principios permiten hacer recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que tenía más facilidad o se hallaba en una posición mejor o más favorable por la disponibilidad o proximidad a su fuente para su aportación (por todas, sentencia [316/2016, de 13 de mayo](#) [Fernando Pantaleón Prieto]). Y no cabe duda de que la parte litigante que más fácilmente podía probar lo pagado por Bodegas Marqués de Riscal a la Congregación de las Hermanitas de los Desamparados en virtud del contrato de arrendamiento que habían suscrito en 2016, por las rentas de 2017, era ella misma.”

(ii) El crédito *revolving* sigue en la picota: sobre él, recuérdese lo que dice la Orden ETD 699/2020, de 24 de julio, *de regulación del crédito revolvente* y otras cuantas cosas más. Cabe citar en este punto dos sentencias.

Por un lado, la sentencia [643/2022, de 4 de octubre](#) (Pedro José Vela Torres) que reitera la doctrina de la sala -fundamento de derecho 2.º-, y que ha merecido varios comentarios, pese a su proclamada falta de novedad: así el de Manuel J. Marín López en [Revista Cesco de Derecho de consumo 44 \(2022\)](#); o el de Jesús María Sánchez García: *La Ley* 9943/2022 -Diario La Ley n.º 10165, 8 de noviembre de 2022-.

No hay, ni se otea en el horizonte, ninguna declaración que apunte a que el Tribunal dirá qué porcentaje por encima de uno (que es, justo es recordarlo, una “media” y, por ende, de suyo variable) será considerado necesariamente usurario por desproporcionado. Tarea esta que se reserva -o debe reservarse- al legislador. Aunque habrá voces que digan, ya las hay, que no hay coherencia entre este silencio y el expresado en orden a los intereses moratorios excesivos por la sentencia, pleno, [265/2015, de 22 de abril](#) (Rafael Sarazá Jimena) en la que expresamente la sala señala en su fundamento de derecho 4.º, apartado 2:

“Aunque dicha ponderación podría detenerse en el establecimiento de unos principios generales, al hilo de lo declarado por el TJUE, la Sala entiende necesario descender a la fijación de una regla más precisa, a efectos de evitar la existencia de criterios dispares entre los órganos judiciales que puedan llevar consigo una elevada dosis de inseguridad jurídica”; y así en el apartado 3.º del fallo establece: “- Se fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado”.

Por otro lado, en segundo lugar, la sentencia [662/2022, de 13 de octubre](#) (Ignacio Sancho Gargallo).

Hay una pregunta antigua que tiene una respuesta pobre en la Ley de 23 de julio de 1903 *sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios* (LU, en adelante): ¿qué sucede cuando se declara la nulidad de la cláusula de intereses?; ¿basta con condenar a que el prestamista restituya los intereses indebidamente pagados? ¿o el contrato es nulo y, por ende, además de que el prestamista restituya tal cobro indebido debe el prestatario restituir la cantidad recibida en préstamo?

El artículo 3 LU tiene una mala solución (la liquidación completa e inmediata del contrato) en lo que al prestatario se refiere, cuyo interés primordial radica en la dilación de su obligación de restituir, por la que justamente está dispuesto a pagar una suma razonable. Mala solución que es coherente con el artículo 1303 CC, por un lado, y con el significado -o la dogmática- de la nulidad de pleno derecho, por otro (*quod nullum est, nullum effectum producit*). Dice el precepto:

“Declarada con arreglo á esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado á entregar tan sólo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado”.

Debería haber un espacio para argumentar sobre los efectos perniciosos que la nulidad - en su comprensión dogmática- tiene sobre el interés del prestatario que sufre o padece de un obstáculo o dificultad relevante para invocar la tutela de su interés. Casi me atrevería a decir que el art. 3 LU es una regla que disuade o dificulta la impugnación del contrato por usurario.

La sentencia se pronuncia sobre este asunto y lo hace desde la perspectiva de qué se pide “por el prestatario” puesto que, en otro caso, hubiera mantenido, parece, la nulidad “parcial” de la cláusula de intereses y subsistiría el crédito y, por ende, su plazo. No hay afán dogmático que supere los límites de la congruencia. Así, en el fundamento de derecho 2.º, apartados 2 y 3, en la que se estima la pretensión del prestatario:

“[2] La cuestión controvertida en casación se ciñe a los efectos que en un caso como este, en que se ha pedido la nulidad de la condición general en que se fija el interés remuneratorio de un contrato de tarjeta de crédito por usurario, se derivan de la estimación de esta pretensión. En concreto, si la consecuencia es la nulidad de todo el contrato con los efectos previstos en el art. 3 de la Ley de Usura o la que declara la sentencia recurrida, de dejar sin efecto la cláusula de intereses y condenar sólo a restituir todos los intereses cobrados. Es cierto que en la sentencia [628/2015, de 25 de noviembre](#) [Pleno, Rafael Sarazá Jimena], en un caso en que se había interesado la nulidad de un crédito "revolving" porque el interés remuneratorio era usurario, al amparo del art. 1 de la denominada Ley de Usura de 1908, declaramos lo siguiente: "el carácter usurario del crédito "revolving" (...) conlleva su nulidad, que ha sido calificada por esta Sala como "radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, ni es susceptible de prescripción extintiva" (sentencia núm. [539/2009, de 14 de julio](#) [Antonio Salas Carceller]). También lo es que, a continuación, declaramos que "las consecuencias de dicha nulidad son las previstas en el art. 3 de la Ley de Represión de la Usura, esto es, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida".

[3] *Esta doctrina es igualmente aplicable al presente caso, aunque el pronunciamiento declarativo solicitado ciñera la nulidad no a todo el crédito sino a la cláusula de intereses remuneratorios, pues en la medida en que se fundaba en su carácter usurario, el efecto de la apreciación del interés usurario era el legal del art. 3 de la Ley de Usura, que fue además el solicitado expresamente como pronunciamiento de condena. Esta expresa petición de condena lleva implícita la declaración de su procedencia que se apoya en la nulidad del crédito por usurario. De tal forma que aunque la declaración formal de nulidad solicitada y apreciada se ciña a la cláusula de interés remuneratorio, no resulta incongruente, si así se solicita, aplicar los efectos legales de la apreciación del interés usurario previstos en el art. 3 de la Ley de Usura.”*

(iii) Hay casos que dejan preguntas sin respuesta o alimentan esas preguntas que nos hicimos y que no encontramos que hayan tenido cabal respuesta -en el entendimiento de que tal vez no estamos nosotros en lo cierto, lo más probable, o que erramos al trazar las premisas o la “arquitectura del problema”-.

Así me pasa con la consideración de que el incumplimiento de las obligaciones de información que pesan sobre el asesor financiero “no puede dar lugar a la resolución por incumplimiento” y que los modelos o regímenes de ineficacia no pueden elegirse “en razón de los plazos y efectos a que se sometan”. Así, si el contrato es anulable por error la indemnización que pudiera pedirse -al amparo, creo, del art. 1270 CC- no puede disfrutar de un plazo superior a la propia acción de anulación y si lo que se pide solo es la indemnización de daños contractuales debería sujetarse a los plazos propios de la responsabilidad contractual, porque los dos regímenes son “excluyentes entre sí”, cada uno en un círculo distinto.

Cuando se aconseja mal -de modo negligente- (porque cabe un mal consejo diligentemente formulado que acarree un daño no indemnizable), este mal consejo es un simple incumplimiento del deber de asesorar y tiene por efecto la distorsión (la equivocación) del cliente asesorado que cree hacer bien lo que realmente hace mal. Ahora bien son dos los negocios que están en juego: por un lado, el de asesoramiento y, por otro, el que se celebra en razón del consejo dado. El primero es la razón de ser del segundo puesto que con éste se ejecuta el consejo y en este último se sustancia el daño del consejo errado.

Sobre el incumplimiento de los deberes de las sociedades de inversión, entre las últimas, la sentencia [648/2022, de 6 de octubre](#) (Antonio García Martínez), reitera la doctrina de la sala -sentencia [491/2017, de 13 de septiembre](#) [Pleno, Pedro J. Vela Torres]- aunque en el caso la pretensión del cliente que suscribiera el *swap* fuera la anulación del contrato y subsidiariamente, la indemnización por incumplimiento de las obligaciones de información. La síntesis de la doctrina de la sala se consigna en el fundamento de derecho 2.º, apartado 4:

“Es jurisprudencia de esta sala, como dijimos en la sentencia [61/2021, de 8 de febrero](#) (José Luis Seoane Spielgeberg) la que sostiene que:

“[...] en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros y a la vista del perfil e intereses del cliente, puede surgir una responsabilidad civil al amparo del art. 1101 CC, por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esos vínculos jurídicos de asesoramiento, siempre que se cause un perjuicio consistente en la pérdida total o parcial de la inversión y exista una relación de causalidad entre el incumplimiento o cumplimiento negligente y el daño sufrido (sentencias [677/2016, de 16 de noviembre](#) (Rafael Sarazá Jimena), con cita de otras, [62/2019, de 31 de enero](#) (Ignacio Sancho Gargallo), [303/2019, de 28 de mayo](#) (Pedro J. Vela Torres); [165/2020, de 11 de marzo](#) (Ignacio Sancho Gargallo), [615/2020, de 17 de noviembre](#) (Ignacio Sancho Gargallo) y [628/2020, de 24 de noviembre](#) (Ignacio Sancho Gargallo), entre otras).”

*Esta doctrina se aplica no sólo a los casos en que el producto adquirido conlleva una inversión (como las participaciones preferentes o los bonos estructurados), sino también cuando se contrata un *swap*, en el que propiamente no cabe hablar de una inversión de tal clase (sentencias [615/2020, de 17 de noviembre](#) (Ignacio Sancho Gargallo) y [628/2020, de 24 de noviembre](#) (Ignacio Sancho Gargallo), entre otras).”*

En cualquier caso, es necesario concorra una relación de causalidad entre el negligente incumplimiento de la entidad financiera de sus obligaciones dimanantes del deber legal de informar y el resultado dañoso producido. Esta relación causal fue declarada concurrente, por ejemplo, en la sentencia [608/2020, de 12 de noviembre](#) (Pedro J. Vela Torres), con base en los argumentos siguientes:

"En el presente caso, la falta de información sobre los riesgos supuso que la demandante contratara un producto del que desconocía que le podía acarrear graves pérdidas económicas, derivadas de las liquidaciones negativas producto de la bajada continuada de los intereses. Por lo que la relación causal entre la decisión de invertir sin tener la información precisa sobre los riesgos adquiridos y la materialización de tales riesgos en forma de disminuciones patrimoniales por cargos por liquidaciones negativas es directa."

Para romper dicha relación de causalidad, la parte demandada, obligada legalmente a la prestación de la información con antelación suficiente (art. 79 bis LMV), tendría que haber probado que, pese a no haber ofrecido esa información, el cliente conocía los riesgos del producto. Lo que no ha sucedido [...] [...]"

Y también hemos afirmado con reiteración, como recordábamos en la sentencia [491/2017, de 13 de septiembre](#) [Pleno, Pedro J. Vela Torres], que:

"[...] existe un riguroso deber legal de información al cliente por parte de las entidades de servicios de inversión [...] y que] el incumplimiento de dicha obligación por la entidad financiera podría dar lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, o a una acción de indemnización por incumplimiento contractual, para solicitar la indemnización de los daños provocados al cliente por la contratación del producto a consecuencia de un incorrecto asesoramiento. Pero no puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento".

En el presente caso, la Audiencia Provincial no niega el incumplimiento por la recurrida de sus obligaciones de información en el ejercicio de su actividad de asesoramiento financiero, sino que considera que este puede facultar a la recurrente para anular el contrato al conectarse con la fase precontractual de formación de la voluntad previa a su celebración (lo que no cabe en el caso al haber caducado la acción de anulación), pero en cambio no puede dar lugar a una responsabilidad civil que le permita aspirar a obtener la indemnización que el art. 1101 CC pone a cargo de los que causan daños y perjuicios por incurrir en dolo, negligencia o morosidad en el cumplimiento de sus obligaciones o por contravenir su tenor de cualquier otro modo.

Este criterio de la Audiencia Provincial, que es el que sirve de fundamento a su decisión desestimatoria, contradice la jurisprudencia que hemos dejado expuesta, por lo que procede estimar el motivo, casar la sentencia recurrida, y, asumiendo la instancia, examinar, para decidir la suerte del recurso de apelación, la alegación de la recurrente sobre la existencia de pacto transaccional que no llegó a ser analizada por la Audiencia Provincial.

(iv) La sentencia [715/2022, de 26 de octubre](#) (José Luis Seoane Spiegelberg) resuelve un litigio en que se plantean los efectos que la causa torpe tenga sobre la restitución de las obligaciones.

En el caso se pactó la compensación respecto a obligaciones alimentarias futuras de la hija menor, con patente vulneración de lo previsto en el art. 151 I CC, en pago de la mitad de la vivienda: el crédito del marido por el valor de la mitad se paga, en suma, con la obligación de alimentos futura previamente liquidada.

La propia sentencia hace un reconocimiento sincero de la dificultad de hallar un fundamento para el art. 1306 CC, además de que le pese el juicio de (des)merecimiento o reproche que cabe referir a ambas partes -es casi una carrera por decidir cuál de los dos excónyuges es el que menos tutela merece-. Así en el fundamento de derecho 3.º dice la sentencia:

“La causa torpe, a la que se refiere el número primero del art. 1306 del CC, contiene un elemento de inmoralidad, que es manifestación de una datio que, en función de los motivos a los que responde, es contraria a las buenas costumbres, pese a lo cual es querida conscientemente por las partes para satisfacer sus bastardos intereses.

La especialidad aparece en los casos de cumplimiento parcial o total de lo convenido, en cuyo caso se proclama la improcedencia de la restitución en virtud de la irrepetibilidad de lo prestado ob turpem causa (por causa torpe), lo que implica una excepción al principio general que rige los casos de nulidad contractual.

No es fácil encontrar un fundamento a tal norma. Para ello, se ha considerado como prevención frente a contratos inmorales, se ha basado en los efectos disuasorios de la regla, o es modernamente concebida como una penalidad civil. Por otra parte, no parece equitativo llevarla a situaciones paradójicas que premien injustificadamente a uno solo de los contratantes cuando el otro incumplió

plenamente su contraprestación, máxime cuando el art. 1275 del CC proclama igualmente que los contratos con causa ilícita no producen efecto alguno, y la causa es ilícita cuando se opone a las leyes y a la moral.

No obstante, no consideramos que, en este caso, quepa aplicar el art. 1306 del CC. En primer lugar, porque lo pactado por las partes, debidamente asesoradas por letrado y con referendo judicial, al aprobarse el convenio regulador suscrito en el procedimiento de divorcio, no puede reputarse inmoral, otra cosa es que perjudique a una tercera persona, como es la hija de los litigantes, en tanto en cuanto pueda ver comprometido su derecho a los alimentos con vulneración del art. 151 del CC. En cualquier caso, las partes, difícilmente, al firmar el pacto, tuvieron conciencia de ilicitud.

Las sentencias [591/2013, de 15 de octubre](#) (Rafael Sarazá Jimena), y [755/2013, de 3 de diciembre](#) (Rafael Sarazá Jimena), se refieren a la concurrencia de una causa ilícita no constitutiva de infracción penal y teñida de inmoralidad.

Y, en la sentencia [353/2016, de 30 de mayo](#) (Ignacio Sancho Gargallo), dijimos que:

"[...] no podían oponer la previsión contenida en el art. 1306 CC respecto de la concurrencia de causa torpe, para eludir el cumplimiento de la obligación de restituir las participaciones y acciones cuya propiedad no llegó a ser realmente transmitida entre las partes". No son de aplicación por falta de identidad de razón la doctrina jurisprudencial en la que funda su recurso la parte demandada.

En efecto, en el supuesto enjuiciado en la sentencia [313/2002, de 2 de abril](#) (José de Asís Garrote), se trataba de un contrato de compraventa de una farmacia que adolecía de simulación absoluta por ausencia de causa, creado para encubrir la prohibición de doble cotitularidad de las farmacias, el cual fue declarado nulo, y otro disimulado de gestión, con respecto al cual se pretendía la restitución de lo percibido durante su explotación por la farmacéutica contratada a tal efecto, al que se aplicó el art. 1306 del CC.

El caso que dio lugar a la sentencia [393/2005, de 31 de mayo](#) (Francisco Marín Castán), versaba sobre la transmisión de la explotación de un quiosco de prensa autorizado en su día por el Ayuntamiento en atención a la condición de

discapacitado del transmitente, en el que ambos contratantes conocían el carácter personalísimo de la autorización, y constituyeron una comunidad de bienes aparente para eludir la posible revocación de la licencia concedida por el Ayuntamiento.

Por último, la sentencia [52/2012, de 2 de febrero](#) (Xavier O’Callaghan Muñoz), se trataba de unas complicadas operaciones financieras celebradas entre las partes litigantes, consistentes en ventas de cédulas de inversión con la finalidad de hacer un uso ilícito de los beneficios fiscales que dichos productos tenían incorporados de manera transitoria.

Por el contrario, en el proceso cuya resolución ahora nos corresponde, las partes concertaron un pacto considerado contrario a lo dispuesto en el art. 151 del CC, que fue declarado ineficaz por la sentencia de la Audiencia dictada en el procedimiento de modificación de medidas, en tanto en cuanto contrario al interés de la menor como acreedora de los alimentos, pero que no conforma una causa torpe, en los términos reseñados, para amparar un supuesto derecho de la demandada para quedarse con la totalidad del inmueble ganancial con el indiscutible beneficio que ello produciría en su posición jurídica, al adjudicarse, en su integridad, un bien de tal naturaleza, sin compensación alguna a favor de quien fue su marido y cotitular del inmueble litigioso en contra de lo dispuesto en los arts. 1344 y 1404 del CC”.

En rigor, el acreedor de la obligación de alimentos no es el otro progenitor, eventualmente coobligado a su pago -arts. 144.3.º y 145 I CC– pero no acreedor, sino el propio menor, de modo que no concurriría la identidad subjetiva que exige el art. 1195 CC para la compensación porque la madre “no es titular por derecho propio” del crédito al pago de las pensiones de alimentos. Se alegó la causa torpe para impedir que el padre que pactó la compensación de obligaciones futuras para atribuir la íntegra titularidad de la vivienda familiar a la madre pudiera, una vez descubierta la ilicitud de la causa, recuperar lo indebidamente entregado -ya no el importe de las obligaciones de alimentos futuros sino la porción de vivienda entregada en su lugar-.

(v) La sentencia [634/2022, de 3 de octubre](#) (María de los Ángeles Parra Lucán) aborda el régimen del contrato celebrado por el incapaz no incapacitado en la redacción del art. 1302 CC anterior a la Ley 8/2021; sentencia comentada por Bruno Rodríguez Rosado en

[almacéndederecho](#) con el título “De la incapacidad natural a la discapacidad sin apoyos: la arriesgada apuesta del Tribunal Supremo por la anulabilidad”.

La sentencia hace un recorrido sobre el régimen de la invalidez del contrato “antes” de la modificación legal del régimen de la capacidad: si era o no de nulidad en protección del incapaz. No obstante, el objeto de la sentencia es claro: “*Las cuestiones jurídicas que son objeto del recurso versan sobre la legitimación para impugnar un contrato haciendo valer la discapacidad de un otorgante y sobre la ratificación del contrato otorgado en nombre de una sociedad defectuosamente representada*” (fundamento de derecho 1.º, la compradora alega, entre otras cosas, la falta de capacidad del vendedor de ciertas fincas).

Cabe subrayar el predominio del “*análisis funcional que caracteriza en la actualidad la teoría de las nulidades de los contratos, de modo que en cada caso deben tenerse en cuenta la finalidad de las normas y los intereses en juego*”. El debate, todavía pertinente, es si es determinante decidir conforme a un régimen jurídico de invalidez predeterminado o si lo que procede es extraer en sede de legitimación consecuencias de la respectiva posición de las partes y la conformidad de su hacer a las exigencias de la buena fe en sentido objetivo. La decisión de la sala se consigna en el fundamento de derecho 5.º:

“1. *Con carácter previo debemos advertir que los motivos del recurso se basan en los preceptos del Código civil en la redacción anterior a 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. La respuesta de la sala para enjuiciar el acierto de la sentencia recurrida respecto del tipo de ineficacia de un contrato celebrado por una persona ya fallecida, de quien ahora en casación ya no se discute que adolecía de una incapacidad natural, debe resolverse conforme al derecho vigente en el momento en que se celebró el contrato que se impugna.*

2. *Ha quedado firme que, en el momento de la emisión de la voluntad contractual, Demetrio padecía una demencia que afectaba a su aptitud mental de querer y entender. Partiendo de ello, la Audiencia, con apoyo en el art. 1302 CC, negó la legitimación de GBF Asset Management por ser parte contratante, si bien, con cita de las sentencias de 10 y 25 de abril de 2001, razonó que su impugnación podría fundarse en evitar un perjuicio al incapaz; también afirmó que la*

legitimación del tercero que no fue parte (Gadomen 87 S.L.) requería que se tratara de un tercero perjudicado, lo que en el caso no se daba.

3. Frente al criterio de la Audiencia, la parte demandante ahora recurrente alega que la incapacidad da lugar a la nulidad absoluta o radical del contrato y puede ser hecha valer por cualquiera y, en particular, por la contraparte y por un tercero que tiene un interés legítimo (en el caso, una sociedad partícipe de la contraparte).

4. La sala no comparte el razonamiento de la recurrente y considera que no hay infracción de los artículos que se citan en el recurso y, por ello, los dos primeros motivos del recurso de casación deben ser desestimados, tal y como explicamos a continuación.

5. El argumento que sustenta el primer motivo al amparo de los arts. 1261 y 1263 CC acerca de que es nulo con nulidad radical o absoluta el contrato celebrado por quien, como consecuencia de una demencia, no puede emitir un consentimiento verdadero, es meramente instrumental, pues de esos preceptos no resulta ningún régimen específico de invalidez. La parte recurrente impugna la aplicación por la Audiencia a los contratos celebrados por personas con discapacidad del criterio recogido en el art. 1302 CC con anterioridad a la reforma por la Ley 8/2021. Lo que pretende la parte recurrente, en definitiva, es que se reconozca su legitimación para impugnar el contrato, de acuerdo con lo que se argumenta en el motivo segundo. Es verdad que, durante algún tiempo, cierto sector doctrinal y alguna sentencia consideraron nulos, con nulidad absoluta, los actos del (en la terminología de la época) "incapaz no incapacitado" o "incapaz de hecho"; tal calificación, en línea con la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad, permitió ampliar la legitimación para impugnar el contrato y admitir el ejercicio de la acción transcurrido el plazo de cuatro años, todo ello en aras de una mayor protección de la persona con discapacidad (así, la sentencia de 27 de marzo de 1963, aplicando en el caso el régimen de nulidad absoluta, permitió que, superado con creces el plazo de cuatro años se declarara inexistente la venta perjudicial de una finca otorgada por inexistencia total de consentimiento a instancias de un hijo "natural" de la vendedora, conforme al derecho de filiación preconstitucional, ROJ: STS 60/1963 - ECLI:ES:TS:1963:60). Con todo, la jurisprudencia no era unánime, y no dejaba de haber sentencias en las que se aplicó el régimen de la

anulabilidad, incluso antes de la reforma de la tutela introducida en el Código civil en 1984 (así, la sentencia de 9 de febrero de 1949, a efectos de aplicar el art. 1304 CC y negar la obligación de restituir el dinero recibido por el contratante incapaz al no haber quedado acreditado que se hubiera producido aumento ni beneficio en su patrimonio por haberlas gastado en forma no útil ni prudente, ROJ: STS 40/1949 - ECLI:ES:TS:1949:40). Pero también es cierto que, posteriormente, la opinión doctrinal mayoritaria se inclinó por considerar preferible el régimen de la anulabilidad, por ser la forma de invalidez que el Derecho pre-dispone para la protección de una de las partes del contrato. En esta línea, la sentencia [2/2018, de 10 de enero](#) (Pleno, María de los Ángeles Parra Lucán), se hizo eco del análisis funcional que caracteriza en la actualidad la teoría de las nulidades de los contratos, de modo que en cada caso debe tenerse en cuenta la finalidad de las normas y los intereses en juego. Esto es, en definitiva, lo que lleva a cabo de manera correcta la sentencia recurrida. En realidad, de lo dispuesto en los arts. 1261 y 1263 CC no resultaba un régimen jurídico específico de invalidez y cuando la falta de consentimiento derivaba de la discapacidad, el régimen aplicable era el de los arts. 1301 y ss. CC. La apreciación en un caso concreto de una ausencia total y absoluta de voluntad o de conocimiento de un contratante que permitiera hablar de inexistencia de consentimiento (lo que en el caso litigioso la sentencia recurrida, por lo demás, no llega a afirmar) tampoco conduciría a reconocer la legitimación con la amplitud que pretende la parte recurrente, puesto que el régimen de ineficacia de los contratos celebrados por personas con discapacidad se fundaba en su protección, sin que hubiera razones para tratar de manera diferente y en su perjuicio a quien nadie hubiera tomado la iniciativa de incapacitar, ni tampoco, como sería el caso, a los actos o contratos otorgados antes de la limitación judicial de la capacidad. A estos efectos, respecto de la contraparte cabe observar que sería paradójico que pudiera invalidar el contrato y obtener la restitución (incluso, como pretende al invocar la nulidad radical, fuera de los límites del art. 1304 CC, dirigidos a proteger a la persona con discapacidad) cuando no está invocando malicia alguna del demandado, de quien dice que adolecía de una falta de capacidad absoluta que habría sido incluso conocida por la demandante con antelación a la celebración del contrato. Esto último más bien revelaría la propia torpeza de la contraparte (nemo propiam

turpitudinem allegare potest), e impediría que pudiera ejercitar con éxito una acción dirigida a declarar la nulidad del contrato y la restitución de las prestaciones en su interés. El mismo argumento puede extenderse para negar la legitimación de quien no fue parte en el contrato, dado que el interés que invoca deriva de la participación que ostenta en la contraparte, sin que, en la instancia, tal como razonó la sentencia recurrida, hayan quedado acreditados ni la ilicitud causal ni el fraude o perjuicio de sus derechos.

6. Por lo demás, las sentencias citadas por la recurrente en el primer motivo tampoco respaldan su tesis, sin que resulte correcto extraer frases sueltas de las mismas sin atender a las razones de su decisión en cada caso. Así, la sentencia [216/1984, de 4 de abril](#), por cómo venía articulado el recurso, acepta la nulidad absoluta de una cesión gratuita de bienes, pero se cuida de explicar que el mismo resultado se alcanzaría por la vía de la anulabilidad a través de la aplicación del art. 1301 CC, en un caso en el que se reconoció la legitimación de la heredera de la vendedora que adolecía de incapacidad y de cuya herencia formaba parte la acción de nulidad. Por su parte, la sentencia [432/1994, de 9 de mayo](#) (Alfonso Barcala Trillo-Figueroa), que niega que la madre tuviera interés legítimo en instar la nulidad del contrato que ella misma había celebrado con plena conciencia de la necesidad de autorización judicial y que luego impugna por motivos ajenos a la finalidad perseguida por la exigencia legal, deja a salvo la acción que pudiera corresponder a los hijos conforme al art. 1301 CC. Y, en fin, la sentencia [1101/2004, de 19 de noviembre](#) (José Ramón Ferrandiz Gabriel), expresamente dice que no se ocupa, porque no había sido planteado por los recurrentes, de la cuestión de determinar si el entonces vigente art 1263.2.º CC (que negaba capacidad contractual a los incapacitados) se refería solo a los incapacitados judicialmente o también a los carentes de entendimiento y voluntad, ni tampoco sobre el tema de si al contrato celebrado por los incapaces no incapacitados se le aplicaba la nulidad o la anulabilidad (arts. 1301 y 1302 CC).”

(vi) La sentencia 790/2022, de 17 de noviembre (José Luis Seoane Spiegelberg) resuelve la siguiente pregunta: ¿puede el hijo en nombre propio ejercer una acción de reclamación de paternidad no matrimonial cuando la madre la ejerció por él durante su minoría de edad sin éxito?

5.- Alguna sentencia del Tribunal Constitucional, con un hábito de votos particulares que fascina al más pintado, resuelve alguna cuestión que no deja de tener su enjundia. Así, el caso en que se impone parir en un hospital -o si se prefiere, se impide parir en casa- y que desmiente, otra vez, la afirmación recurrente de tantos de “mis” hijos son “míos” cuando los hijos son, sobre todo, de sí mismos. Así la STC, Pleno, [66/2022, de 2 de junio](#), con tantos votos particulares como dedos tiene su pie izquierdo.

Del resto de tribunales, llamo la atención sobre la STJUE, Sala 7.^a, de 24 de noviembre de 2022, C-358/2021, *Tilman SA Unilever Supply Chain Company AG*, que desgrana lo que sea la incorporación de condiciones generales a través de hipervínculos -las condiciones generales forman parte del contrato si hubo una remisión expresa que sea susceptible de control por una parte que actúe con una diligencia normal-.

Y también es de interés la STJUE, Sala 4.^a, de 24 de noviembre de 2022, asunto C-302/2021, en el que, para un caso de préstamo *revolving*, señala el Tribunal de Justicia al órgano judicial que planteó la cuestión que su tarea no es formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas, sino que sea indispensable para resolver efectivamente un litigio. Sin litigio efectivo no hay cuestión que sostener, por inquietante que sea la pregunta -siquiera sea para quien interroga- y dudosa la respuesta.

6.- Hay varias sentencias cuya reiteración produce sonrojo en su lector: en Derecho las dudas se resuelven fundadamente -con instrumentos objetivos, con un discurrir racional y un sistema probatorio susceptible de control- y no basta la mera sospecha para tomar una decisión cualquiera.

Así las sentencias [590/2022, de 27 de julio](#) y [591/2022, de 27 de julio](#) (en ambas, la ponente ha sido María de los Ángeles Parra Lucán). Dice, así, el fundamento de derecho 3.º, apartado 4 de la primera:

“Es doctrina de la sala "que no considerar fiables los documentos aportados, de los que ni se acredita ni se afirma que sean falsos, irregulares o estén manipulados, y que no han sido impugnados, comporta una vulneración del derecho de igualdad y no discriminación ante la ley, basada en el origen nacional del menor. Ello está vedado por el principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE) y es incompatible con el compromiso de respetar los derechos enunciados en la Convención de los derechos del niño y asegurar su aplicación sin distinción

alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, o el origen nacional, étnico o social (art. 2.1 de la Convención)" [STS [410/2021, de 18 de junio](#); [412/2021, de 21 de junio](#) y [610/2021, de 20 de septiembre](#) (las tres con ponencia de María de los Ángeles Parra Lucán)]".