**TRIBUNAL SUPREMO**
**SALA PRIMERA**

**GABINETE TÉCNICO**




# SENTENCIAS FIRMADAS
# DEL 15 AL 19 DE MAYO DE 2017
# SECCIÓN 1 ª

**D. Francisco Marín Castán**
**D. José Antonio Seijas Quintana**
**D. Antonio Salas Carceller**
**D. Francisco Javier Arroyo Fiestas**
**D. Eduardo Baena Ruiz**
**Dª. María Ángeles Parra Lucán**

D. Agustín Pardillo Hernández,
Letrado del Gabinete Técnico

**1.- SENTENCIA 291/2017, DE 12 DE MAYO. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION. NUM.: 2445/2013**
Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
Votación y fallo: 25/04/2017

**Materia:** Contratos bancarios. Swap. Defecto de información.

*«En este caso, si partimos de los propios hechos acreditados en la instancia, no puede apreciarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que hemos visto que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración de los contratos litigiosos; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala, en los términos expuestos. En particular, la Audiencia Provincial no hace mención de manera clara y terminante a que el banco informara a los clientes de los riesgos de los productos contratados, que es el elemento determinante para la formación del consentimiento en este tipo de contratos.*

*Además, no repara en que era preceptiva una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos, y que la entidad no se había asegurado de que los clientes tuvieran conocimientos financieros, ni de que los productos ofertados fueran adecuados a su perfil inversor. Por lo que no puede compartirse que la información ofrecida fuera suficiente, ni que se adecuara mínimamente a las exigencias legales.*

*Según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 676/2015, de 30 de noviembre, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios».* Se estima el recurso de casación.

**2.- SENTENCIA 286/2017, DE 12 DE MAYO. RECURSO DE CASACION. NUM.: 430/2015**
Ponente Excmo. Sr. D, Antonio Salas Carceller
Votación y fallo: 04/04/2017

**Materia:** Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Ley 42/1998. Prohibición de anticipos. Contrato y entrega anteriores a la vigencia de la norma.

*«[…] la particularidad del presente caso consiste en que los propios demandantes, en su escrito de demanda, afirman que la entrega anticipada se produjo en relación con el contrato de 23 de diciembre de 1998 y en esa misma fecha, siendo por importe de 31.000 coronas suecas. En tal fecha aún estaba*

*pendiente la entrada en vigor de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, por lo que no puede estimarse que haya podido ser infringida dicha Ley en relación con una entrega anticipada que tuvo lugar cuando aún no estaba vigente.*

*Por ello el recurso ha de ser desestimado».* Se desestima el recurso de casación.

**3.- SENTENCIA 293/2017, DE 12 DE MAYO. RECURSO DE CASACION. NUM.: 870/2015**
Ponente Excmo. Sr. D, José Antonio Seijas Quintana
Votación y fallo: 25/04/2017

**Materia:** Viviendas de las fuerzas armadas. Reclamación de daños en los elementos comunes. Renuncia en el contrato de venta a las acciones de saneamiento por vicios ocultos. Abusividad de la cláusula.

*«Los hechos que declara probados la sentencia recurrida ponen en evidencia la falta de relevancia de la cláusula de renuncia al saneamiento, a la que se refiere el recurso, puesto que no había obligación contractual de sanear. Se trata de una venta de la Administración a personal a su servicio conforme a la Ley 26/99, que no se enmarca dentro de una política general de vivienda sino en un proceso de modernización y cambio de modelo de las Fuerzas Armadas y de sus necesidades de movilización geográfica, como explica su Exposición de Motivos. De una venta que no se hace en el mercado libre, al que parece dirigirse la Disposición Adicional Primera, apartado II, 9.º de la Ley 26/84, sino a personal a su servicio, en la que los compradores, usuarios de las viviendas desde hacía más de 25 años, eran perfectos conocedores de su estado. Y se hace en un mercado inmobiliario al alza, mediante una prestación económica calculada conforme a criterios legales teniendo en cuenta el nivel de conservación y grado de mantenimiento. Se trata, además, y así lo dice la sentencia recurrida, de viviendas con una antigüedad de más de 40 años, que fueron construidas con técnicas y medios diferentes y en lugares próximos al mar, como es San Fernando (Cádiz), con gran humedad, y con materiales que no eran los más óptimos para esa contingencia, por lo que su mantenimiento precisaba de mayores actuaciones que en sitios secos.*

*4. En lo que aquí interesa, supone que los compradores conocían el estado de los pisos, de las reformas que podían precisar y de sus posibles vicios (sobre lo que se ajustó el precio), tanto los existentes en el momento de la compra, como de aquellos que pudieran derivarse por la lógica evolución física de las casas ("eran vetustas", sostiene la sentencia), siendo como era una realidad que el mantenimiento no era el más adecuado; razones todas ellas por las que no puede aceptarse que la cláusula cuestionada fuera operativa o actuara en perjuicio del consumidor, contrariando la normativa citada en el motivo, pues no tenían obligación alguna de aceptar la oferta ni es posible trasladar a la Administración una reparación que transformaría a su costa en nuevo lo viejo que compraron, pues nuevas serían las casas con el importe reclamado de la reparación; todo ello con evidente alteración de las condiciones muy singulares en que se celebraron los contratos, autorizados y regulados por Ley con motivo de una situación concreta y muy específica, tanto por la razón que justificaba la venta, como por su objeto y destinatarios».* Se desestima el recurso de casación.

**4.- SENTENCIA 295/2017, DE 12 DE MAYO. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION. NUM.: 1155/2014**
Ponente Excma. Sra. D. ª M. ª Ángeles Parra Lucán
Votación y fallo: 26/04/2017

**Materia:** Contratos bancarios. Contrato de permuta financiera anterior a la normativa MiFID. Recurso de casación: inadmisibilidad por incumplimiento de los requisitos esenciales.

*«En el presente caso, el recurso de casación no cumple los requisitos establecidos para su admisión (art. 483.2.2.º LEC) y carece manifiestamente de fundamento (art. 483.2.4.º LEC).*

*Contra la exigencia del art. 477.1 LEC, el recurso no se funda en la infracción de norma aplicable para resolver las cuestiones objeto del pleito. La denuncia que se vierte en el escrito del recurso acerca de que B incumplió el estándar de diligencia y buena fe, con apoyo en la cita de los arts. 2 y 79 de la Ley del mercado de valores, no es suficiente para fundamentar la posible existencia de un error vicio del consentimiento, que es en realidad la causa que podría dar lugar, caso de producirse, a la declaración de la nulidad de los contratos. En el escrito del recurso no se citan como infringidas las normas que regulan la anulabilidad derivada del error, ni el encabezamiento ni en su desarrollo, ni tampoco se identifican las razones por las que, supuesto el incumplimiento de los deberes de información, concurrirían los presupuestos que tales normas exigen para apreciar la existencia de un error relevante para que los contratos fueran nulos.*

*Junto a ello, en el desarrollo del motivo, sin solución de continuidad, tras la trascripción del texto del art. 79 bis (sic) de la Ley del mercado de valores (realmente se transcribe el art. 79 en la redacción otorgada por la Ley 38/1998, de 16 de noviembre), se reproducen fragmentos de sentencias de esta sala (244/2013, de 18 de abril; 840/2013, de 20 de enero de 2014) que podrían justificar el interés casacional (art. 477.2.3.º LEC) si se expusieran de forma adecuada las razones por las que la decisión de la sentencia recurrida sobre el problema jurídico que se quiere plantear en el recurso se opone al criterio seguido por la jurisprudencia. En el caso, no se hace así, porque el escrito de interposición, tras la copia de citas de las sentencias de la sala, se limita a añadir breves conclusiones y resúmenes personales que el recurrente deduce de las mismas, no siempre de forma acertada ni aplicable al caso».* Se desestima el recurso de casación.

**5.- SENTENCIA 290/2017, DE 12 DE MAYO. RECURSO DE CASACION. NUM.: 309/2015**
Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana
Votación y fallo: 19/04/2017

**Materia:** Desahucio. Viviendas de la empresa municipal de la vivienda y suelo de Madrid. Régimen aplicable.

*«La solución jurídica al problema planteado no es otra que la que propia recurrente ha aceptado al mantener firme el pronunciamiento de las sentencias desestimatorias de su demanda y la que procede conforme a derecho.*

*En primer lugar, la Disposición Adicional Primera, apartado 8, de la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, mantiene la normativa aplicable a las viviendas de protección oficial de promoción pública respecto, entre otras cosas, al plazo de duración del contrato, y, en el presente caso, la duración del contrato y su prórroga está contenida en las estipulaciones Segunda y Tercera del contrato, así como en el artículo 3 del Decreto 100/1986.*

*En segundo lugar, es por tanto la legislación administrativa la que fija el plazo de duración de estos contratos (de viviendas afectadas por operaciones municipales de suelo, que garantizan el realojamiento adecuado a las familias), y la que establece un sistema de prórroga forzosa bianual por el hecho de que el arrendatario mantenga las condiciones exigidas en el artículo 1 de la Ley (ingresos anuales inferiores a 2'5 veces el salario mínimo interprofesional anual) y que no sea titular o posea otra vivienda por compraventa o arrendamiento o cualquier otro título, dentro del ámbito de la Comunidad de Madrid, lo que excluye que estemos ante un plazo indefinido, indeterminado o inexistente contrario a la temporalidad que es esencial al contrato de arrendamiento, puesto que viene determinado por las propias estipulaciones contenidas en el contrato litigioso y las condiciones que deben darse para acogerse a la prórroga bianual.*

*En tercer lugar, la concurrencia de estos requisitos no ha sido invocada en la demanda, que ha sido planteada exclusivamente sobre la base de la extinción del plazo pactado, conforme a la normativa propia del Código Civil, y de modo referencial al artículo 10 de la Ley de Arrendamientos Urbanos sobre el cumplimiento del "plazo de preaviso mínimo recogido en el Artículo 10 de la LAU", sin poner en duda la concurrencia de los requisitos exigidos en el referido Decreto, por lo que la prórroga del arrendamiento es forzosa para el arrendatario, puesto que sigue cumpliendo los presupuestos que le dieron derecho a acceder a la vivienda, y sin que la invocación de la estipulación 6 del contrato pueda servir de argumento para entender que cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato "avisando con un mes de antelación" estado como está supeditado a que las "leyes lo permitan", lo que supone que no es en cualquier momento y en cualquier circunstancias cuando el arrendador puede desalojar al arrendatario, sino cuando dejen de cumplirse los requisitos que le autorizan a permanecer en la vivienda o cuando lo autorice la ley.*

*TERCERO.- En consecuencia, la demanda de desahucio por expiración del plazo no puede prosperar, tal y como se fundamenta en la sentencia del juzgado, que se mantiene, con desestimación del recurso de apelación formulado por la parte ahora recurrida, […]».* Se estima el recurso de casación.

**6.- SENTENCIA 296/2017, DE 12 DE MAYO. RECURSO DE CASACION. NUM.: 103/2016**
Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz
Votación y fallo: 26/04/2017

**Materia:** Derecho de familia. Guarda y custodia compartida. Para que las diferencias entre los progenitores impidan la guarda y custodia compartida es preciso que tengan una especial relevancia contraria al interés del menor.

*«No existe ningún dato en el procedimiento del que pueda inferirse una situación de peligro o riesgo para las menores si se acuerda el régimen de guarda y custodia compartida, que ya se sigue aunque sea provisional.*

*La denuncia de malos tratos presentada por la recurrente contra el recurrido resultó sobreseída por resolución firme.*

*Las diferencias sobre si las menores deben acudir o no al comedor escolar cuando se encuentran bajo la custodia del padre, no pasan de ser una divergencia razonable (sentencia 96/2015, de 16 de febrero), pero sin entidad o relevancia como para influir en un régimen de guarda que les resulta beneficioso, según lo ya expuesto».* Se desestima el recurso de casación.

**7.- SENTENCIA 292/2017, DE 12 DE MAYO. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION. NUM.: 596/2014**

Ponente Excma. Sra. D. ª M.ª Ángeles Parra Lucán

Votación y fallo: 25/04/2017

**Materia:** Contratos bancarios. Nulidad de contrato de permuta financiera por error en el consentimiento. Reiteración de la jurisprudencia sobre el alcance de los deberes de información.

*«En conclusión, partiendo de los hechos probados, no puede considerarse que el banco cumpliera los deberes de información que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración del contrato sobre las características del producto y sobre los concretos riesgos que podía comportar su contratación, incluyendo el coste de su cancelación. Por tanto, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta sala, en los términos expuestos.*

*Conforme a la jurisprudencia sentada desde la sentencia de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, la falta de acreditación del cumplimiento de los deberes de información permite presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados y, consiguientemente, la existencia de un error excusable, sin que en el caso hayan quedado acreditadas ninguna de las circunstancias que permitan desvirtuar tal presunción».* Se estima el recurso de casación.

**8.- SENTENCIA 289/2017, DE 12 DE MAYO. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION. NUM.: 2276/2013**

Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Votación y fallo: 19/04/2017

**Materia:** Recurso de casación. Interés casacional. No basta la cita de sentencias de esta Sala o de Audiencias Provinciales, sino que es necesario que se ponga en relación la doctrina sentada en cada una de ellas con lo razonado por la sentencia recurrida, en supuestos que guarden cierta similitud con el que es objeto de proceso.

*«Si examinamos la formulación del recurso de casación, pronto se advierte la falta del adecuado cumplimiento de los requisitos que esta sala viene exigiendo para su prosperabilidad. No sólo se alude en su desarrollo a la infracción de normas de carácter procesal -como son los artículos 217.2 y 218.1 LEC- sino que también se omite, frente a la exigencia derivada del*

*Acuerdo de esta sala de 30 diciembre 2011 –hoy reiterada por el de 27 de enero de 2017- la expresión «con claridad en el encabezamiento o formulación del motivo (de) la jurisprudencia que se solicita de la Sala Primera del TS que se fije o se declare infringida o desconocida» (como requieren, entre otros muchos, los autos de 5 abril 2017 -Rec. 988/2015- y 22 marzo 2017 -Rec.629/2015-). Por otra parte, la justificación del interés casacional no puede quedar cumplida con la mera aportación de un conjunto de sentencias de esta sala y de diferentes audiencias provinciales, pues, según se exige igualmente desde el Acuerdo de 30 diciembre 2011, se ha de precisar en cada caso la oposición o desconocimiento por la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del TS, correspondiendo a la recurrente la justificación, con la necesaria claridad, de la concurrencia de este elemento; teniendo en cuenta que no basta con acumular la cita de sentencias de esta sala, sino que se ha de razonar «cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se establece en ellas». Respecto de la alegación de existencia de posiciones contrapuestas en la doctrina de las audiencias provinciales, también se exige a la parte recurrente que exprese «el problema jurídico sobre el que existe la contradicción que alega, indicar de qué modo se produce ésta y exponer la identidad de razón entre cada punto del problema jurídico resuelto en la sentencia recurrida y aquél sobre el que versa la jurisprudencia contradictoria invocada».*

*El recurso no cumple en el presente caso con tales exigencias pues se limita a formular una serie de alegaciones, precisando las fechas de las sentencias que aporta para justificar el interés casacional y refiriéndose posteriormente, sin relación concreta con cada una de ellas, a la doctrina emanada de las mismas sin ponerla en directa relación con los razonamientos que la sentencia impugnada ha empleado en cada caso».* Se desestima el recurso de casación.

**9.- SENTENCIA 288/2017, DE 12 DE MAYO. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION. NUM.: 476/2016**

Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
Votación y fallo: 18/04/2017

**Materia:** Derecho de familia. Guarda y custodia compartida.

*«El recurrente solicita que se confirme la sentencia del juzgado, en virtud de la cual se accedió al sistema de custodia compartida, al entender que con ello se protege el interés de los menores de acuerdo con la jurisprudencia de esta sala, unido a que ello fue lo propuesto en el informe psicosocial.*

*En la sentencia recurrida, como dijimos, se valoró el informe psicosocial y la exploración de los menores para llegar a la conclusión de que lo más favorable para ellos era permanecer con su madre, sin perjuicio de un amplio régimen de visitas, lo que no consta que sea contrario al interés de los menores, máxime si tenemos en cuenta su edad, próxima a la mayoría de edad (art. 92 del C. Civil), por lo que se han de desestimar estos motivos en cuanto se solicita la custodia compartida, al no infringirse la doctrina jurisprudencial (sentencia 426/2013 de 17 de junio y 530/2015 de 25 de septiembre, entre otras)».* Se estima parcialmente el recurso de casación.

**10.- SENTENCIA 294/2017, DE 12 DE MAYO. RECURSO DE CASACION. NUM.: 204/2016**

Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz
Votación y fallo: 25/04/2017

**Materia:** Derecho de familia. Atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida.

*«La reciente sentencia de 23 de enero de 2017 recoge la doctrina de la sala sobre la materia con remisión a la sentencia 215/2016, de 6 de abril, que, a su vez, recoge la contenida en sentencias anteriores.*

*En todas ellas se hace ver que no existe una regulación específica sobre el uso de la vivienda familiar (STS de 24 de octubre de 2014) para adaptarla a este régimen de custodia, en contra de lo que sí ha llevado a cabo otras legislaciones autonómicas (Cataluña, Aragón, Valencia y recientemente País Vasco).*

*Se afirma que «La Sala, ante tal vacío en materia de atribución de la vivienda familiar, al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores sino de los dos, ha entendido que debe aplicarse analógicamente el párrafo segundo del art. 96 CC, que regula el supuesto en que existiendo varios hijos unos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la custodia de otro remitiendo al juez a resolver lo procedente. Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, y debiendo ser tenido en cuenta el factor del interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres (STS de 24 de octubre de 2014). Ahora bien, existe un interés sin duda más prevalente (STS de 15 de marzo de 2013) que es el de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades, que conforme a la regla dispuesta en el art. 96 CC, se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. Teniendo en cuenta tales factores o elementos a ponderar esta sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con el conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 C. Civil, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, con el fin de facilitar a ella y a la menor(interés más en necesitado de protección, la transición a una nueva residencia ( STS 9 de septiembre de 2015; Rc. 545 de 2014), transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales (STS de 17 de noviembre de 2015 y 11 de febrero de 2016 entre otras).»*

*4.- Si se atiende a la citada doctrina, desconocida por la sentencia recurrida, la decisión correcta será limitar el uso de la vivienda familiar por la madre y sus hijas.*

*Pero, atendiendo a las circunstancias de empleo de la madre y edad de las menores, el límite, como interesa el Ministerio Fiscal, ha de ser de tres años a computar desde el dictado de la presente sentencia».* Se estima parcialmente el recurso de casación.

**11.- SENTENCIA 300/2017, DE 16 DE MAYO. RECURSO DE CASACION. NUM.: 2678/2014**

Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
Votación y fallo: 10/05/2017

**Materia:** Contratos bancarios. Swap. Defecto de información. Falta de transparencia, informada por el servicio de quejas del Banco de España.

*«En este caso, si partimos de los propios hechos acreditados en la instancia, no puede apreciarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que hemos visto que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración de los contratos litigiosos; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta sala, en los términos expuestos. En particular, la Audiencia Provincial no hace mención de manera clara y terminante a que el banco informara a los clientes de los riesgos de los productos contratados que es el elemento determinante para la formación del consentimiento en este tipo de contratos.*

*Además, no repara en que era preceptiva una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos, y que la entidad no se había asegurado de que los clientes tuvieran conocimientos financieros, ni de que los productos ofertados fueran adecuados a su perfil inversor. Por lo que no puede compartirse que la información ofrecida fuera suficiente, ni que se adecuara mínimamente a las exigencias legales.*

*Según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 676/2015, de 30 de noviembre, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes –que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios».* Se estima el recurso de casación.

**12.- SENTENCIA 309/2017, DE 18 DE MAYO. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION. NUM.: 921/2014**
Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller
Votación y fallo: 26/04/2017

**Materia:** Contratos bancarios. Error en el consentimiento. Información suficiente

*«Vuelve a omitir en el encabezamiento del motivo la mención de la norma que considera infringida, exigencia que es común a cualquier recurso de casación sea cual sea la vía de acceso y, por tanto, también resulta aplicable al supuesto de alegación de interés casacional, pues el fundamento del recurso de casación siempre radica en la vulneración de norma jurídica aplicable para la resolución del asunto de que se trate (artículo 477.1 LEC).*

*Nuevamente es en el desarrollo del motivo donde la parte recurrente afirma que «el Art. 79 de la LMV se aplicaba también en su versión anterior tanto a PYMES como a particulares y que el Art. 14 del Decreto 629/1993, referido a los contratos tipo de las entidades financieras establecía de manera tajante que Los contratos- tipo deberán contener, además de las características esenciales de los mismos, ajustadas en todo caso a lo dispuesto por la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, los requisitos y condiciones necesarios para su modificación y resolución anticipada, el sometimiento de las partes a las normas de conducta y requisitos de información previstos en la legislación del Mercado de Valores y, en general, los requisitos que, según las características de la operación de que se trate, se establezcan por el Ministro de Economía y Hacienda. Por su parte, el Decreto 629/1993 integraba así la LDCyU en el ámbito financiero, en relación con los contratos tipo, sin hacer diferencias respecto del tipo de clientes de los que se tratase y adelantándose de algún modo al criterio seguido con posterioridad por la normativa MIFID y además, y en cualquier caso, exigía que los contratos tipo cumpliesen con las previsiones sobre información y transparencia LMV».*

*No obstante, hay que destacar que la sentencia impugnada, en su fundamento de derecho tercero, pone de manifiesto detalladamente la información que se dio a la parte demandante y, posteriormente, ya en el fundamento cuarto dice lo siguiente: «Finalmente, y como los contratos objeto de estudio están sometidos a la Ley 24/1988, como así lo referencia su artículo 2.2, lo expuesto en el fundamento jurídico anterior nos lleva a concluir que el Banco demandado cumplió suficientemente el deber de informar a su cliente en el momento de formar la voluntad contractual y dentro de las exigencias que a tal efecto le impone el artículo 79 bis Ley 24/1988, pues la está explicado (sic) con suficiente claridad para ser comprendido por quien, a su vez, tiene un especial deber de diligencia en la comprensión y alcance de los contratos que ha de concertar en representación de la Sociedad de la que es Administrador».*

*De lo anterior se deduce que la sentencia no se fundamenta en un diferente tratamiento respecto de la entidad demandante en cuanto a su derecho de información en relación con las personas físicas, sino que sostiene que tal información fue suficiente para que el representante de la demandante conociera los riesgos asociados a la contratación».* Se desestima el recurso de casación.

**13.- SENTENCIA 301/2017, DE 16 DE MAYO. RECURSO DE CASACION. NUM.: 3579/2016**
Ponente Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán
Votación y fallo: 10/05/2017

**Materia:** Derecho de familia. Divorcio. Derecho de visitas cuando uno de los progenitores reside en el extranjero.

*«En definitiva, la sentencia recurrida justifica motivadamente su decisión, al valorar las circunstancias del caso, como la distancia, la edad de la niña, la posibilidad de hacer uso de un servicio de las compañías aéreas, los períodos de vacaciones del padre y las vacaciones escolares de la niña. Acepta de este modo, aplicando el principio del interés superior del menor, la propuesta del padre, que alegaba la imposibilidad económica de asumir los gastos de traslado para ir a recoger a la niña, en la medida en que ello duplicaría su importe, así como la menor onerosidad de la contribución de la madre de trasladar a la niña para coger el avión, con el fin de facilitar, en interés de la menor, el derecho de visita.*

*Por tanto, por mucho que el criterio de la sentencia no coincida con el particular y subjetivo de la recurrente, no es contraria a la doctrina de la sala la sentencia que, a la hora de fijar el régimen de visitas cuando el padre reside en el extranjero, valora el interés de la menor y la contribución personal y económica a los desplazamientos por parte de ambos progenitores de forma equitativa».* Se desestima el recurso de casación.

**14.- SENTENCIA 299/2017, DE 16 DE MAYO. RECURSO DE CASACION. NUM.: 3339/2016**
Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz
Votación y fallo: 09/05/2017

**Materia:** Filiación. Reclamación de paternidad. Orden de los apellidos del menor en caso de desacuerdo de los progenitores.

*«Ante todo se ha de reconocer que la sentencia recurrida no hace una aplicación mecánica de la legislación vigente al tiempo de formularse la demanda, sino que aplica la jurisprudencia más actual sobre la materia, siendo conocedora de ella, sin perjuicio de que con posterioridad se haya matizado por la sentencia del pleno 659/2016, de 10 de noviembre.*

*2.- En esta se hace mención a las sentencias que cita la sentencia recurrida, con especial énfasis en el principio del interés superior del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que le afecte, así como se trae, en refuerzo de la doctrina mantenida, las sentencias 621/2015, de 27 de octubre y 15/2016, de 28 de octubre, tras haber entrado en vigor el artículo 49 de la ley de Registro civil de 21 de julio de 2011.*

*De ahí que se afirme que lo relevante no es el deseo del padre desde que tuvo lugar el nacimiento del menor, por noble que fuese, sino cuál será el interés protegible de ese menor al día de hoy respecto al cambio del orden de los apellidos con el que consta inscrito en el registro civil y con el que viene identificado, desde entonces, en la vida familiar, social o escolar.*

*Es cierto que la aplicación de esa doctrina a los supuestos enjuiciados, con cita de la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala segunda, 167/2013 de 7 de octubre, ha podido inducir a pensar que el interés del menor solo justifica que no se acceda al cambio de apellidos cuando la reclamación de paternidad sea tardía. Pero, sin embargo, con ser ello un elemento relevante a considerar, no puede ser tenido como único y esencial, pues, a juicio de la Sala, se ha de partir de que el menor se inscribió con una sola filiación reconocida, teniendo como primer apellido el que entonces se determinó, así como que «es patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona».*

*3.- De ahí que la sentencia de Pleno que citamos matice que la interrogante que hemos de responder en estos supuestos no es tanto si existe perjuicio para el menor por el cambio de apellidos como si, partiendo del que tiene como primero, le sería beneficioso el cambio, de forma que el primero fuese el paterno y el segundo el materno. Si no consta ese beneficio, no existe, pues, razón para alterar el primer apellido con el que viene identificado el menor.*

*4.- En el supuesto enjuiciado no consta ese beneficio, y a ello cabe añadir, como alega el Ministerio Fiscal, que el menor tiene ya cuatro años, tiempo suficiente como para haberse asentado en la vida familiar, social y sanitaria con el primer apellido* con el que aparece inscrito.

*De ahí, que el motivo, y por ende el recurso, debe estimarse».* Se estima el recurso de casación.

**15.- SENTENCIA 303/2017, DE 17 DE MAYO. RECURSO DE CASACION. NUM.: 2443/2016**

Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller
Votación y fallo: 25/04/2017

**Materia:** Recurso de casación. Desestimación. Planteamiento de cuestión nueva. Falta de acreditación de interés casacional en relación con las normas que se citan como infringidas.

*«Con tales presupuestos, el motivo debe ser desestimado. En primer lugar, como ha puesto de manifiesto la parte recurrida, plantear en casación la infracción de las normas reguladoras del contrato de mandato y de la comisión mercantil es cuestión nueva, ya que nunca se ha planteado en el procedimiento la existencia de una infracción de ningún contrato de mandato o comisión. No se alegó que a la demandada se le hubiera encargado llevar a cabo inversiones en nombre de la actora, sino que el planteamiento efectuado como constitutivo del pretendido error y que se enjuició en primera instancia fue una falta de información suficiente en la contratación de unos instrumentos financieros derivados, con función de cobertura y vinculados a unos préstamos hipotecarios.*

*Por tanto, la cita como infringidos de los artículos a que se refiere la parte recurrente no puede llevar a la estimación del motivo y a la declaración de nulidad por error de los contratos celebrados.*

*En igual sentido, las sentencias que se han citado de la sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona no establecen doctrina alguna en relación con los artículos que se citan como infringidos -referidos al contrato de mandato y a la comisión mercantil- sino que se refieren al error que es*

*consecuencia de un defecto de información contractual; cuando además -y de forma contraria- la sentencia impugnada ha declarado que dicha información existió en el caso y fue suficiente».* Se desestima el recurso de casación.

**16.- SENTENCIA 297/2017, DE 16 DE MAYO. RECURSO DE CASACION. NUM.: 894/2015**

Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
Votación y fallo: 09/05/2017

**Materia:** Arrendamientos urbanos. Cumplimiento de contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda. Desistimiento unilateral del arrendatario, con ausencia de pacto sobre vencimiento anticipado. Condena al pago de rentas pendientes.

*«El presente caso se subsume en el segundo de los supuestos descritos, pues no se pactó el desistimiento unilateral y no consta que el arrendador lo aceptase, razón por la que no cabe moderación de indemnización, pues no fue ésta lo pedido sino el cumplimiento del contrato con el pago de las rentas.*

*Es más, de acuerdo con la jurisprudencia de esta sala, sería necesario algo más que el silencio o la no recepción de las llaves, para considerar aceptada la resolución unilateral en este sentido, sentencia 571/2013, de 27 de septiembre, recurso 959/2011.*

*En conclusión, al no haberse pactado el desistimiento unilateral del arrendatario, ni aceptado el mismo por el arrendador procede la estimación la acción de cumplimiento del contrato con condena al pago de las rentas pendientes, en la forma solicitada en la demanda y en el recurso de casación.*

*Debe rechazarse la argumentación de la sentencia recurrida, en cuanto que en ella se declaraba que el contrato estaba resuelto de facto por la entrega de llaves y puesta a disposición del arrendador, dado que este no consta que aceptase la resolución unilateral».* Se estima el recurso de casación.

**17.- SENTENCIA 298/2017, DE 16 DE MAYO. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION. NUM.: 2759/2016**

Ponente Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán
Votación y fallo: 09/05/2017

**Materia:** Curatela. Procedencia. Apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. Designación y nombramiento de la persona llamada a ejercer el cargo.

*«En el caso que da lugar al presente recurso de casación, ha quedado probado que D. G padece una enfermedad persistente que provoca un deterioro cognitivo y alteraciones de conducta. A la vista del nuevo examen y valoración de la prueba practicada en el acto del juicio y de la repetición de las pruebas practicadas en la segunda instancia, la sentencia recurrida considera acreditado que existe una situación de absoluta anormalidad en la actuación de D. G en su vida diaria, carente de la necesaria estabilidad para el desarrollo de las habilidades de la salud. También que la falta de tratamiento de la enfermedad, de la que no parece plenamente consciente, le coloca en una*

*situación de riesgo. Pero, al mismo tiempo, la sentencia considera acreditado que mantiene una «alta reserva cognitiva», hasta el punto de que amplía el ámbito de libertad de disposición y gestión de su pensión desde el veinte por ciento que fijó la sentencia de primera instancia hasta el cincuenta por ciento. Esta situación se compadece mal con una limitación total de la capacidad de obrar de D. G y su sometimiento a tutela.*

*Tanto la sentencia de primera como la de segunda instancia someten a D. G a tutela. Sin embargo, la descripción de la situación de discapacidad que se contiene en ambas sentencias no es la propia de una discapacidad total en la que la persona se encuentre privada de toda capacidad de decisión de modo que otro deba decidir en su lugar. Esa situación de discapacidad total es la que daría lugar al sometimiento a tutela.*

*Sin embargo, la razón por la que la sentencia recurrida mantiene la tutela es otra. Mantiene la tutela porque considera que la curatela supondría una mera asistencia para actos muy concretos y determinados que no facilitaría la protección de las actuaciones más genéricas, como las atinentes a la medicación y seguimiento de los tratamientos propios de la enfermedad así como a su posible actuación en lo patrimonial.*

*Pero lo cierto es que la curatela es una institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que esté llamada a prestarse.*

*La curatela, en primer lugar, no está limitada al ámbito patrimonial. La regulación conjunta de todos los supuestos en que procede la curatela (arts. 286 y 287 CC) permitiría creer lo contrario, puesto que la curatela de los emancipados (art. 323 CC) y la de los pródigos (por el propio presupuesto que la provoca) sí se limitan a los actos de naturaleza exclusivamente patrimonial. Sin embargo, para las personas con discapacidad esto no es así, porque ni resulta de la letra del art. 287 CC ni es coherente con la exigencia de adoptar un sistema de apoyo que se adapte a las concretas necesidades y circunstancias de la persona afectada. La curatela puede ser un apoyo en la esfera personal o en la patrimonial, o en ambas, según lo requiera en cada caso la protección de la persona.*

*Así lo establece expresamente el art. 150 del Código del Derecho foral de Aragón y desde hace tiempo lo habían venido admitiendo la doctrina y la jurisprudencia en el ámbito del Código civil. En este sentido cabe citar la sentencia 995/1991, de 31 diciembre (que exigió la intervención de curador para otorgar autorizaciones de adopción y similares de cualquiera de sus hijos habidos o los que pudiera tener en el futuro la mujer cuya capacidad de obrar se limitaba). De forma más reciente, interpretando el sistema vigente conforme a los principios de la Convención de Nueva York, son abundantes las decisiones de esta sala que atribuyen al curador una función de control, supervisión y apoyo en lo personal (sentencias 421/2013, de 24 de junio, 337/2014, de 30 de junio, 553/2015, de 14 de octubre, 557/2015, de 20 de octubre, 716/2015, de 17 de diciembre, 373/2016, de 3 de junio, 216/2017, de 4 de abril).*

*En segundo lugar, por lo que se refiere al ámbito patrimonial, la intervención del curador no se circunscribe necesariamente a los actos a que se refiere el art. 290 CC, sino que puede extenderse a todos aquellos en los que sea precisa la asistencia; cuestión distinta es que, cuando la sentencia no*

*los especifique, el legislador se refiere subsidiariamente a los actos que genéricamente considera de mayor complejidad o trascendencia para el patrimonio de la persona con discapacidad, que son aquellos para los que el tutor necesita autorización judicial».* Se estima el recurso de casación.

Mayo 2017.