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

**GABINETE TÉCNICO**

# SENTENCIAS FIRMADAS
# DEL 5 AL 9 DE MARZO DE 2018
# 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 101/2018, DE 28 DE FEBRERO, RECURSO DE CASACION. NUM.: 755/2017**
Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán
Votación y fallo: 13/02/2018

**Materia:** Derechos fundamentales. Conflicto entre el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a la libertad de información. Reportaje periodístico sobre una contienda familiar en torno a una herencia.

*«[…] sin desconocer en general la relevancia del comportamiento previo del afectado para delimitar el ámbito de protección de su intimidad, el hecho de que en el presente caso el demandante o su padre no adoptaran pautas de comportamiento demostrativas de que accedieron a revelar determinados aspectos de su vida privada (en particular los que tenían que ver con el enfrentamiento entre ambos y su proyección sobre el reparto de la herencia y el control del principal activo hereditario) no determina que estos aspectos tuvieran que quedar absolutamente resguardados del conocimiento ajeno, pues el contenido de las disposiciones testamentarias difundidas tan solo venía a refrendar la existencia de una contienda que el curso de los procesos judiciales seguidos durante más de una década ya había puesto de manifiesto, y el conocimiento de ese enfrentamiento tenía y sigue teniendo interés público informativo tanto por la relevancia o proyección pública de las personas implicadas como porque esa disputa familiar había dejado de ser desde tiempo atrás un asunto únicamente relativo a los hijos y la viuda del difunto, dada la importancia del caudal relicto y la repercusión que para la economía nacional podía tener toda decisión que afectara al control del conglomerado empresarial familiar, circunstancia que explica que se informara del tema en la sección de economía de algún diario de ámbito nacional».* Se estima el recurso de casación.

**2.- SENTENCIA 106/2018, DE 1 DE MARZO, RECURSO DE CASACION. NUM.: 1237/2016**
Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz
Votación y fallo: 06/02/2018

**Materia:** Aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles. Nulidad contractual radical y Ley 42/1998.

*«Si se contrasta el contrato de adquisición con el art. 9 de la Ley 42/1998, que impone un contenido mínimo extenso y, por supuesto, el de la duración del contrato, se aprecia su incumplimiento.*

*Como recoge, entre otras, las sentencias 694/2017, de 20 de diciembre, «la consecuencia, no por el simple déficit de información, sino de ausencia de requisitos esenciales, es la nulidad radical, dado que de acuerdo con el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 se ha pretendido la formalización del contrato «al margen de la presente ley» (SSTS 460/2015 de 8 de septiembre, 431/2015, de 16 de julio y 515/2017, de 22 de septiembre, entre otras)*

*»En concreto, se advierte al examinar los contratos que nada dicen sobre su extinción, configurándose con una duración indefinida, lo que incumple la previsión de la Ley 42/1998 que exige la fijación del tiempo por el que se establece el derecho o, al menos, de la duración del régimen (art. 3).*

*»El incumplimiento de dicha previsión da lugar a la nulidad de pleno derecho, según lo dispuesto en el art. 1.7 de la Ley 42/1998 (STS 549/2017, de 11 de octubre).»*

*Precisamente esa indeterminación del plazo de duración es el que consta en el contrato litigioso, y aunque existe un certificado vacacional (folio 36) que fija plazo, lo hace por tiempo superior a 50 años».* Se estima el recurso de casación.

**3.- SENTENCIA 108/2018, DE 1 DE MARZO, RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION. NUM.: 2414/2016**
Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
Votación y fallo: 27/02/2018

**Materia:** Aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles. Club de vacaciones.

*«Examinado el contrato se puede apreciar que en nada respeta los dictados de la Ley 42/1998, pues no se recoge el contenido mínimo del contrato que la Ley establece en su art. 9. Se exigen anticipos, en un caso, que el contrato denomina «depósito» y no se fija plazo de duración.*

*Es decir, más que incumplimiento parcial de la ley, estamos ante una falta de cumplimiento sistemático de la misma.*

*Lo razonado hasta el momento nos lleva a declarar la nulidad radical del contrato mencionado en este apartado, dado que de acuerdo con el art. 1.7 de la Ley 42/1998 se ha pretendido la formalización de contratos «al margen de la presente Ley».* Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y se estima el recurso de casación.

**4.- SENTENCIA 111/2018, DE 5 DE MARZO, RECURSO DE CASACION. NUM.: 1815/2015**
Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller
Votación y fallo: 06/02/2018

**Materia:** Contrato de compraventa civil. Entrega de cosa inahábil. Venta de nave e industria de fabricación de pasta de papel. Derrumbamiento de parte de la nave cuatro meses después.

*«Esta sala, entre otras en sentencia núm. 325/2017 de 24 mayo, con cita de la de la núm. 706/2012, de 20 noviembre, ha afirmado que se da la situación de entrega de cosa distinta o «aliud pro alio» cuando es tal la diferencia e inadecuación de lo entregado a lo efectivamente pactado que viene a equivaler a la entrega de una cosa distinta y determina un incumplimiento tal que permite a la parte perjudicada optar por la resolución del contrato. […]*

*No puede desconocerse que esta es la situación producida en el caso presente, pues -aunque pudiera ignorarlo la parte vendedora- el objeto del contrato resultaba absolutamente inhábil para la finalidad objetiva perseguida con su adquisición en tanto que se reveló en un corto espacio de tiempo, incluso dentro del breve plazo de seis meses previsto en el artículo 1490 CC para la exigencia de saneamiento por vicios ocultos, que se trataba de un inmueble que, por su situación de ruina inminente, no resultaba apto para continuar en él la explotación económica que hasta ese momento se había desarrollado».* Se desestima el recurso de casación.

**5.- SENTENCIA 107/2018, DE 1 DE MARZO, RECURSO DE CASACIÓN. NUM.: 1932/2015**
Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
Votación y fallo: 13/02/2018

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

*«La entidad recurrida prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero, lo que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos; cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información […]*

*En la sentencia recurrida se efectúa una valoración jurídica en torno a la no existencia de error que no puede ser aceptada dado que:*

*1. En los test de idoneidad y conveniencia efectuados, se deduce el perfil de inversor moderado.*

*2. Su experiencia no pasaba de depósitos y fondos de inversión.*

*3. En la sentencia del juzgado se declara la falta de formación en productos complejos del administrador de la sociedad y que no se le formuló el cuestionario de los test, sino que se le pusieron a la firma, aspectos estos no discutidos en la sentencia de apelación ni contradichos.».* Se estima el recurso de casación.

**6.- SENTENCIA 112/2018, DE 6 DE MARZO, RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN. NUM.: 2294/2015**
Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana
Votación y fallo: 07/02/2018

**Materia:** Responsabilidad civil médica. Ecografías. Error de diagnóstico.

*«En el terreno del diagnóstico, la obligación del médico es la de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento. Sólo la omisión de las pruebas exigibles en atención a las circunstancias del paciente y el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad (sentencias 679/2010, de 10 de diciembre; 173/2012, de 30 de marzo; 33/2015, de 18 de febrero).*

*Y si la exploración fue correcta, en los términos que han quedado probados; si no había una situación de riesgo y si se utilizaron los medios técnicos suficientes para practicar la prueba diagnóstica, la información que se proporcionó a la gestante fue la que procedía en función de su resultado y de las limitaciones técnicas de la exploración ecográfica, de la que había sido informada; no hubo, en suma, error profesional o negligencia alguna de los médicos que le atendieron, necesario para responsabilizarles del daño por el que se les demanda.*

*En el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la LEC, salvo para supuestos debidamente tasados (art. 217.5 LEC). El criterio de imputación del art. 1902 CC se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (sentencias 508/2008, 10 de junio;778/2009, de 20 de noviembre 2009; 475/2013, de 3 de julio, entre otras)».* Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

**7.- SENTENCIA 114/2018, DE 6 DE MARZO, RECURSO DE CASACIÓN. NUM.: 2074/2016**
Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
Votación y fallo: 14/02/2018

**Materia:** Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Club de Vacaciones.

*«En el presente caso la comercialización de los derechos que se contemplan en los contratos de 2001 y 2002, se produce después de la entrada en vigor de la Ley 42/1998, quedando la vendedora afectada por la obligación legal de limitación temporal de la duración del contrato (disposición transitoria segunda, 3).*

*Por tanto, procede declarar la nulidad de los contratos, de acuerdo con el art. 1.7 de la mencionada ley, al fijar una duración indefinida, cuando la duración no podía ser superior a 50 años».* Se estima el recurso de casación.

**8.- SENTENCIA 119/2018, DE 6 DE MARZO, RECURSO DE CASACIÓN. NUM.: 2302/2016**
Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
Votación y fallo: 20/02/2018

**Materia:** Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Club de Vacaciones.

*«Examinados los contratos se puede apreciar que en nada respetan los dictados de la Ley 42/1998, pues no se recoge el contenido mínimo del contrato que la Ley establece en su art. 9. Se exigen anticipos, en un caso, que el contrato denomina «depósito» y no se fija plazo de duración.*
*Es decir, más que incumplimiento parcial de la ley estamos ante una falta de cumplimiento sistemático de la misma.*

*Lo razonado hasta el momento nos lleva a declarar la nulidad radical de los contratos mencionados en este apartado, dado que de acuerdo con el art. 1.7 de la Ley 42/1998 se ha pretendido la formalización de contratos «al margen de la presente Ley».* Se estima el recurso de casación.

**9.- SENTENCIA 113/2018, DE 6 DE MARZO, RECURSO DE CASACIÓN. NUM.: 2944/2015**
Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller
Votación y fallo: 07/02/2018

**Materia:** Arrendamientos urbanos. Uso distinto a vivienda. Contrato celebrado con anterioridad al 9 de mayo de 1985. No es extingue hasta la jubilación o fallecimiento del arrendatario. Concepto de jubilación a efectos de la LAU 1994. Jubilación parcial. DT 3ª de la LAU 1994.

*«El sistema establecido por el legislador para la finalización de estos contratos, celebrados bajo la vigencia de la LAU 1964 y en momento en que los mismos quedaban sujetos a prórroga forzosa, atiende al cese de la necesidad de uso del local por parte del arrendatario. El Preámbulo de la Ley de 1994 habla de la permanencia del contrato «mientras el arrendatario y su cónyuge vivan y continúen el ejercicio de la actividad que se venga desarrollando en el local».*

*En este caso se continúa con el ejercicio de la actividad por parte de la arrendataria actual con amparo en lo previsto en el RDL 5/2013, pese a la percepción de una pensión llamada de «jubilación», por lo que no cabe entender que se ha producido tal jubilación a los efectos previstos en la LAU 1994.*

*En relación con la jubilación del arrendatario, esta sala se ha pronunciado en sentencias de 8 de junio de 2011 y 21 de enero de 2013, que fijan la siguiente doctrina:*

*«...A) Esta Sala ha tenido ya- ocasión de fijar como doctrina jurisprudencial que, en aplicación de la Disposición Transitoria Tercera de la LAU de 1994, la jubilación del arrendatario determina la extinción del contrato de arrendamiento independientemente de que aquel continúe al frente de la actividad empresarial o comercial realizada en el local comercial. En este sentido la STS de 8 de junio de 2011 (RC núm. 1256/20071 establece que: «[.1 como trabajador resulta afectado por la situación de jubilación, por más que se sitúe al frente de una actividad empresarial». Asimismo declara que: «La regla general es que el disfrute de la pensión por jubilación es incompatible con la realización de trabajos por cuenta ajena/propia o con la realización de actividades para las Administraciones Públicas a excepción de la denominada jubilación flexible que permite compatibilizar ambos conceptos bajo circunstancias muy concretas».*

*Lógicamente tal doctrina se refiere a un momento anterior a la vigencia del RDL 5/2013, por lo que se refería a los supuestos fraudulentos en que, producida una jubilación total, se continuaba con la actividad, lo que desde luego no podía significar beneficio alguno para el arrendatario infractor. Pero precisamente esa doctrina, bajo la situación creada por la nueva norma, significa «a contrario sensu» que, cuando se prolonga legalmente la actividad, no se da la causa de extinción del arrendamiento; extinción que imposibilitaría en la práctica la prolongación de actividad en las mismas condiciones contempladas por el RDL 5/2013».* Se estima el recurso de casación.

**10.- SENTENCIA 118/2018, DE 6 DE MARZO, RECURSO DE CASACION. NUM.: 1632/2017**
Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana
Votación y fallo: 14/02/2018

**Materia:** Juicio de capacidad e institución tutelar adecuada.

*«La incapacitación ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Se trata de un traje a medida , que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda (Sentencia 341/2014, de 1 de julio) ».*

*2. Esto es lo que ha hecho la sentencia a partir de una correcta valoración de la prueba, tanto de la practicada en la primera instancia, como en la segunda, razón por la que debe mantenerse en el aspecto relativo a la modificación de la capacidad de don Fructuoso. Lo que no se mantiene es el grado de discapacidad, que resulta excesivo y desproporcionado, pues le priva innecesariamente de capacidad para actuar por sí mismo en ámbitos que van más allá de los cuidados médicos, nombrándole un tutor en lugar de un curador, al que se refiere en algún momento la sentencia, en cuanto que la privación de capacidad no afecta esencialmente a la representación personal y patrimonial de don Fructuoso, y es posible adaptar este sistema de guarda legal a la curatela, con el que va estar más protegido especialmente en lo referente a la herencia de su padre, sobre lo que muestra una especial preocupación.*

*«La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas», mientras 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» (sentencias 298/2017, de 16 de mayo; 530/2017, de 27 de septiembre)».* Se estima en parte el recurso de casación.

**11.- SENTENCIA 102/2018, DE 28 DE FEBRERO, RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN. NUM.: 2276/2015**
Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán
Votación y fallo: 20/02/2018

**Materia:** Compraventa de viviendas para uso residencial: Ley 57/1968. No incurre en la responsabilidad del art. 1-2.ª de dicha ley la entidad de crédito que no consta hubiera admitido ingresos de los compradores en una cuenta del promotor en dicha entidad, ni surge para ella ninguna obligación de avalar.

*«La proyección de esta doctrina sobre el presente caso determina que sea acertada la absolución de la entidad de crédito desde el momento en que los hechos probados corroboran su sostenida alegación (tanto al contestar a la demanda como al fundamentar su recurso de apelación) sobre su falta de conocimiento de los pagos hechos por los compradores al promotor, al no constar documentalmente que se ingresaran en la cuenta corriente n.º XXXX que el promotor tenía abierta en la sucursal n.º XXXX de «XXX», sita en Calpe.[…]*

*En definitiva, la entidad de crédito codemandada no tuvo más relación con este caso que la de conceder a la promotora el crédito hipotecario a la construcción y controlarlo, pero fue de todo ajena tanto a la mención de la cuenta de la promotora-vendedora en el contrato de compraventa como a todos los pagos a cuenta del precio y como, en fin, a los acuerdos puramente bilaterales de los compradores hoy recurrentes con la promotora-vendedora para ampliar el plazo de entrega de la vivienda y rebajar el precio inicialmente pactado».* Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

**12.- SENTENCIA 131/2018, DE 7 DE MARZO, RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN. NUM.: 382/2016**
Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller
Votación y fallo: 27/02/2018

**Materia:** Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Ley 42/1988. Nulidad del contrato derivada de la transmisión de participaciones indivisas.

*«El motivo ha de ser acogido en todo aquello que se refiere al contrato de 2004, pero no respecto del de 2006. […]*

*Por tanto basta la aplicación de dichas normas, en relación con la jurisprudencia que se afirma como infringida, para concluir la nulidad radical de dicho contrato con los efectos que se dirán, no sólo por no ajustarse a la Ley 42/1998, sino también porque, precisamente por ello, no fija plazo de duración e infringe así el artículo 3 de la misma, según reiterada jurisprudencia de esta sala.*

*En el caso del contrato de 2006, sí se trata de aprovechamiento por turno según la Ley 42/1998 y en él se ha fijado una duración de cuarenta años, determinando la Audiencia correctamente el momento inicial para el cómputo de dicho plazo, por lo que no puede prosperar la pretensión de nulidad al no acreditarse causa legal alguna para ello».* Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y se estima parcialmente el recurso de casación.

**13.- SENTENCIA 122/2018, DE 7 DE MARZO, RECURSO DE CASACIÓN. NUM.: 2549/2015**
Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana
Votación y fallo: 13/02/2018

**Materia:** Responsabilidad extracontractual. Daños producidos a una espectadora de un partido de futbol como consecuencia de un balonazo. Doctrina del riesgo.

*«En efecto, tiene dicho esta Sala que la imputación objetiva, entendida como una cuestión jurídica susceptible de ser revisada en casación, comporta un juicio que más allá de la mera contestación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios o pautas extraídas del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, el riesgo general de la vida, prohibición de regreso, incremento del riesgo, consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo, y de la confianza, que han sido tenidos en cuenta en diversas sentencias de esta Sala (sentencias 147/2014, de 18 de marzo; 124/2017, de 24 de febrero).*

*Y lo cierto es que en este caso no se produce causalidad jurídica. Es cierto que en un balón proyectado desde el campo a la grada está el origen del daño pero el nexo causal que relaciona las lesiones producidas en un ojo a la espectadora desaparece desde el momento en que asume un riesgo propio del juego o espectáculo que conoce, como es el que un balón pueda proyectarse con mayor o menor potencia hacia la grada que ocupa reglamentariamente detrás de la portería. La responsabilidad del organizador del evento deportivo no debe enjuiciarse desde la óptica del singular riesgo creado por un lance ordinario del juego, al que es ajeno. El riesgo que se crea no es algo inesperado o inusual, del que deba responder. Surge durante el calentamiento previo de los futbolistas donde es más frecuente los lanzamientos de balones a la grada, y se traslada al ámbito de responsabilidad de la víctima, que controla y asume esta fuente potencial de peligro, con lo que el curso causal se establece entre este riesgo voluntariamente asumido y el daño producido por el balón, con la consiguiente obligación de soportar las consecuencias derivadas del mismo. Y si no hay causalidad no cabe hablar, no ya de responsabilidad subjetiva, sino tampoco de responsabilidad por riesgo u objetivada necesaria para que el demandado deba responder del daño».* Se desestima el recurso de casación.

**14.- SENTENCIA 132/2018, DE 7 DE MARZO, RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN. NUM.: 2100/2016**
Ponente Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán
Votación y fallo: 27/02/2018

**Materia:** Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Club de vacaciones. Nulidad de contrato y restitución de cantidades.

*«Esta sala ha reiterado que la fijación de un plazo en los contratos de transmisión de derechos de aprovechamiento por turno es un elemento esencial del contrato, exigido por el art. 3 y cuya falta determina la nulidad del contrato por aplicación del art. 1.7 de la Ley 42/1998.*

*Esta exigencia de determinación de la duración es aplicable a los contratos celebrados después de la entrada en vigor de la ley, como ya dijo la sentencia 192/2016, de 29 de marzo (seguida de otras muchas, como las sentencias 633/2016, de 25 de octubre, 516/2017, de 22 de septiembre y 629/2017, de 21 de noviembre, 633). Hasta el punto de que se aplica también, de acuerdo con lo previsto en las disposiciones transitorias de la ley, a los contratos celebrados con posterioridad en los que se transmitan por primera vez turnos no transmitidos con anterioridad (sentencias 774/2014, de 15 de enero, 96/2016, de 19 de febrero de 2016).[…]*

*En consecuencia, procede estimar el recurso de casación y, asumiendo la instancia, estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y declarar la nulidad de los contratos litigiosos».* Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y se estima el recurso de casación.

**15.- SENTENCIA 133/2018, DE 7 DE MARZO, RECURSO DE CASACIÓN. NUM.: 2670/2015**

Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
Votación y fallo: 28/02/2018

**Materia:** Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Club de vacaciones.

*«Examinados los contratos se puede apreciar que en nada respetan los dictados de la Ley 42/1998, pues no se recoge el contenido mínimo del contrato que la Ley establece en su art. 9. Se exigen anticipos, en un caso, que el contrato denomina «depósito» y no se fija plazo de duración.*

*Es decir, más que incumplimiento parcial de la ley, estamos ante una falta de cumplimiento sistemático de la misma.*

*Lo razonado hasta el momento nos lleva a declarar la nulidad radical de los contratos mencionados en este apartado, dado que de acuerdo con el art. 1.7 de la Ley 42/1998 se ha pretendido la formalización de contratos «al margen de la presente Ley».* Se estima el recurso de casación.

**16.- SENTENCIA 130/2018, DE 7 DE MARZO, RECURSO DE CASACIÓN. NUM.: 2940/2015**

Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz
Votación y fallo: 20/02/2018

**Materia:** Filiación. Reclamación de paternidad extramatrimonial. Orden de los apellidos del hijo.

*«la sala se ha pronunciado sobre el orden de los apellidos de un menor, existiendo desacuerdo de los progenitores, en caso de paternidad no matrimonial, a partir de la sentencia 76/2015, de 17 de febrero, pudiendo citarse como reciente la 658/2017, de 1 de diciembre.*

*En la doctrina que declaran se destaca (STS. 15/2016, de 1 de febrero) que lo relevante no es deseo del padre desde que tuvo lugar el nacimiento del menor, por noble que fuese, sino cual será el interés protegible de ese menor al día de hoy respecto al cambio de los apellidos con el que consta inscrito en el Registro Civil.*

*3.- Para salir al paso de que solo se justifica el cambio de apellidos cuando la reclamación de paternidad no sea tardía, se dictó sentencia de pleno 659/2016, de 10 de noviembre en la que se puntualiza 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».*

*A la hora de llevar a cabo los tribunales tal valoración se debe tener en cuenta que «es patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona»*

*La parte recurrente hace descansar el beneficio en que su hija matrimonial y la extramatrimonial tendrían el mismo apellido y ello facilitaría el óptimo desarrollo de la personalidad de la segunda.*

*La sala, teniendo en cuenta la notable diferencia de edad de ambas, necesitaría apoyo de informes periciales "ad hoc" que le ilustrasen sobre ese beneficio, pues no existe más que la opinión del recurrente.*

*En defecto de informes de tal naturaleza no puede aventurarse a admitir la existencia de un beneficio que ignora».* Se desestima el recurso de casación.

**17.- SENTENCIA 121/2018, DE 7 DE MARZO, RECURSO DE CASACIÓN. NUM.: 1192/2016**

Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller
Votación y fallo: 30/01/2018

**Materia:** Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Nulidad del contrato por la falta de fijación de la duración del régimen estipulado.

*«Si se examinan los contratos celebrados entre las partes, pronto se advierte que nada dicen sobre la extinción del régimen sobre el que se contrata y así se hizo constar en la demanda como determinante de la nulidad contractual. La demanda solicitaba la declaración de nulidad o, subsidiariamente, la resolución de los contratos suscritos en fechas 29 de agosto de 2005, 20 de abril de 2008, 14 de octubre de 2009, 2 de febrero de 2010 y 9 de agosto de 2010. […]*

*Al no quedar cumplida dicha exigencia en los contratos de que se trata, se impone la estimación del recurso de casación y la declaración de nulidad de los contratos afectados, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.7 de la Ley 42/1998, sin necesidad de examinar las demás cuestiones planteadas por los recurrentes; aplicando el criterio seguido por esta sala en orden a restar de la cantidad a devolver por la demandada la correspondiente a los años de vigencia de los contratos, sin incluir en dicha devolución los gastos de mantenimiento».* Se estima el recurso de casación.

**18.- SENTENCIA 124/2018, DE 7 DE MARZO, RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN. NUM.: 4192/2016**
Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz
Votación y fallo: 14/02/2018

**Materia:** Determinación de la capacidad jurídica. Curatela. La reformatio in peius y la incongruencia extra petita en los procesos sobre incapacitación.

*«Esta Sala tiene reiteradamente declarado que el tribunal de apelación no puede resolver otras cuestiones que aquellas que le han sido trasladadas, pues, en virtud del principio tantum devolutum quantum apellatum [solo se defiere al tribunal superior aquello que se apela] (SSTS de 12 de mayo de 2006, recurso n.° 2915/1999, 1 de diciembre de 2006, recurso n°. 445/2000, 21 de junio de 2007, recurso n.° 2768/2000), los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia a los que no se extiende la pretensión impugnatoria deben entenderse consentidos por las partes, devienen firmes y no pueden ser modificados en la segunda instancia so pena de incurrir en una reformatio in peius o reforma peyorativa que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia extra petita [más allá de lo pedido] (SSTS de 17 de abril de 2007, recurso n.° 1007/2000. STS 24 de marzo de 2008, recurso n.° 100/2001).*

*4.- Sin embargo, en procedimientos como el presente no podemos olvidar su especial naturaleza, ya que la principal función que tienen en ellos los tribunales es velar por los derechos de las personas demandadas, de forma que solo se limiten, aquellos derechos en la medida que sea para su protección.*

*Consecuencia de lo anterior es que la ampliación de apoyos a la persona con discapacidad, si es para su mejor protección, no puede calificarse de perjudicial para ella, pues los tribunales que conocen del litigio, por vía del recurso, deben tener como guía ese interés de protección del incapaz y revisar si, en ese orden, la resolución que se somete a su revisión se ha excedido, por innecesaria, en la protección, o en su caso, existen ámbitos no protegidos y que deben estarlo en beneficio del incapacitado parcialmente.[…]*

*Se aprecia que, en aras al fin de protección que se persigue de la persona con discapacidad, se flexibiliza el procedimiento ordinario en relación con la doble instancia, pues (STS 373/2016, de 3 de junio) «para que funcionen los sistemas de protección se hace necesaria una valoración concreta y particularizada de cada persona, huyendo de formalismos y de soluciones meramente protocolarias en su planteamiento, resolución y ejecución».*

*Se trata de lo que la sala ha calificado de un traje o trajes a medida y «ello exige sin duda la colaboración de todas las partes implicadas en el conocimiento de la persona afectada por alguna anomalía física o psíquica, lo que se traduce en lo procesal no solo en una aportación de los datos y pruebas que sean necesarias adoptar para evaluar correctamente su situación y la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia que le afecta, sino en la determinación de las medidas de apoyo que sean necesarias en atención a su estado y las personas que deben prestarlas siempre en beneficio e interés del discapaz, respetando en la esfera de autonomía e independencia individual que presente en orden a la articulación y desarrollo de estas medidas para la adopción o toma de decisiones».* Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y se estima parcialmente el recurso de casación.

**19.- SENTENCIA 128/2018, DE 7 DE MARZO, RECURSO DE CASACIÓN. NUM.: 2206/2015**

Ponente Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán
Votación y fallo: 20/02/2018

**Materia:** Contratos bancarios. Nulidad. Extinción de la acción por un acto posterior al conocimiento de la causa de nulidad denunciada.

*«A la vista de estos hechos probados es preciso concluir que, puesto que la acción ejercitada en el presente procedimiento es la de anulabilidad por error, el envío del requerimiento de 12 de junio de 2009 revela que, cuando celebró el contrato de 23 de octubre de 2009, la demandante tenía conocimiento de la supuesta causa de nulidad de los contratos concertados el 18 de mayo de 2007 y el 30 de mayo de 2008 (por el que se canceló el anterior). En consecuencia, aun suponiendo que la entidad demandante hubiera desconocido las características del producto contratado en 2008 y hubiera padecido un error excusable y esencial en ese momento, bajo la forma de un contrato de naturaleza transaccional posterior extinguió la acción de impugnación. A efectos de la extinción de la acción de impugnación lo relevante no es tanto que el acuerdo tuviera naturaleza transaccional como la voluntad de la demandante recogida en el mismo, manifestada después del conocimiento del supuesto error denunciado, y dirigida a hacer efectivo el cumplimiento del contrato. Ese proceder de la demandante no solo «implica necesariamente la voluntad de renunciar» a hacer valer la nulidad, en los términos del art. 1311 CC, por lo que extinguiría la acción (art. 1309 CC) sino que, además, en el contrato se incluyeron referencias expresas a que dejaba sin efecto las pretensiones que formuló en su requerimiento en el que denunciaba la nulidad por error de los contratos. En definitiva, el efecto práctico del contrato otorgado en 2009, como hecho posterior a la celebración del contrato de swap, fue conferir carácter definitivo a la eficacia del swap, suprimiendo la incertidumbre sobre la vigencia del contrato a que se refería el previo requerimiento formulado por la demandada.*

*En la demanda, la demandante ahora recurrida alegó que, para evitar la ejecución del coste de cancelación, y dado que la acción de nulidad tardaría varios meses, aceptó el contrato. Sin embargo, su pretensión de nulidad del acuerdo de 2009 la apoya exclusivamente en la vinculación con los contratos que según dice celebró con error, puesto que su argumento de nulidad se basa en que carece de causa por garantizar un contrato nulo. Lo cierto es que, frente a lo que argumenta en su escrito de oposición la demandante ahora recurrida, no puede hablarse de la propagación al contrato de 2009 de una ineficacia de un contrato anterior supuestamente celebrado por error, cuando, por lo dicho, mediante el contrato de 2009 las partes alcanzaron un acuerdo válido sobre los problemas económicos y jurídicos existentes entre ellas y tal acuerdo se adoptó en un momento en el que la demandante ya había tomado conocimiento del error con el que supuestamente celebró el contrato anterior (art. 1311 CC)».* Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y se estima parcialmente el recurso de casación.

Marzo 2018