

**TRIBUNAL SUPREMO
SALA PRIMERA**

GABINETE TÉCNICO



**SENTENCIAS FIRMADAS
DEL 2 AL 6 DE ABRIL DE 2018
SECCIÓN 1ª**

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

D. Agustín Pardillo Hernández,
Letrado del Gabinete Técnico

1.- SENTENCIA 159/2018, DE 21 DE MARZO, RECURSO DE CASACION. NUM.: 1731/2015

Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller
Votación y fallo: 13/03/2018

Materia: Propiedad horizontal. Impugnación de acuerdo sobre alteración de elementos comunes.

«El recurso ha de ser estimado no sólo porque no se impugnó el acuerdo dentro de los plazos de caducidad establecidos en el artículo 18.3 de la Ley de Propiedad Horizontal, constando además que la demandada A y S, S.L. votó a favor, sino porque hay que entender que fue la totalidad de los propietarios quien ratificó dicho acuerdo alcanzado en el documento que se firmó por las partes el 1 de febrero de 2005, sin perjuicio de que tres de ellos se opusieran simplemente a la retroacción de efectos de la modificación de cuotas, lo que no implica su desaprobación.

Por tanto no existe nulidad y, aunque pudiera existir, al tratarse en el caso de acuerdo que vulneraría exclusivamente la Ley de Propiedad Horizontal, nos encontraríamos ante un supuesto de anulabilidad sujeto a que se solicite dicha declaración de nulidad dentro de los plazos establecidos en la Ley, ampliamente superados en el caso. Esta sala en sentencia, entre otras, núm. 131/2014, acorde con las señaladas por la parte recurrente y con la núm. 104/2013 de 27 febrero, dice que «De esta doctrina jurisprudencial se deduce que los acuerdos comunitarios sobre alteración de elementos comunes, que se hayan adoptado por mayoría, pese a requerir la unanimidad, quedarán convalidados si no se recurren en el plazo establecido, al tratarse de una infracción de la Ley de Propiedad Horizontal (arts. 15 a 18 de la LPH) (STS. 27/2/2013, rec. 1023 de 2010)». Se estima el recurso de casación.

2.- SENTENCIA 160/2018, DE 21 DE MARZO, RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION. NUM.: 2671/2015

Ponente Excma. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán
Votación y fallo: 13/03/2018

Materia: Contratos bancarios. Producto estructurado. Nulidad. Falta de consentimiento contractual. Anulabilidad por error vicio del consentimiento.

«No consta [...] que el Banco proporcionara una información precontractual mediante folletos y supuestos que reflejaran el riesgo asumido al contratar el producto y la información que figura en el propio contrato, si no va acompañada de las correspondientes explicaciones y simulaciones no tienen entidad suficiente para entender cumplido el deber que incumbía a la entidad. La alegación del Banco de que el cliente tenía experiencia inversora no puede compartirse por el hecho de que unos días después contratara con la misma entidad unos fondos de inversión en los que, por lo demás, el cliente perdió dinero. Tampoco el hecho de que el cliente se dirigiera a la entidad por sugerencia del director financiero de un grupo empresarial al que pertenecía su esposa comporta que el cliente pudiera obtener un asesoramiento financiero que liberara al Banco de sus obligaciones de información. Aunque se admitiera que el citado director financiero acompañó al cliente a una reunión, lo que las partes

también discuten, tampoco ha quedado acreditado que se tratara de un experto en la contratación de productos como el litigioso y que el Banco quedara exonerado por ello de los deberes de información que le incumben.

De este modo, en nuestro caso, de acuerdo con la doctrina de la sala reseñada, debía operar la presunción de error vicio como consecuencia de la falta de acreditación del cumplimiento del deber de prestar una información clara y completa sobre los concretos riesgos que se asumían con la contratación del «estructurado I», sin que se hayan acreditado otras circunstancias que desvirtuaran esta presunción.

La apreciación del error o defecto de representación de los verdaderos costes o riesgos asociados al producto contratado lleva implícito que el cliente, de haberlos conocido, no lo hubiera contratado.

4.- Por todo lo anterior procede estimar la demanda interpuesta por el actor. La estimación de la demanda comporta la declaración de nulidad del contrato de fecha 4 de junio de 2009 por falta de consentimiento contractual y la nulidad del contrato de fecha 15 de febrero de 2007 por error vicio en el consentimiento». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y se estima el recurso de casación.

3.- SENTENCIA 173/2018, DE 23 DE MARZO, RECURSO DE CASACION. NUM.: 3015/2015

Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Votación y fallo: 14/03/2018

Materia: Tercería de mejor derecho. Doctrina sobre la preferencia de crédito entre póliza de préstamo y póliza de crédito.

«Por remisión a las sentencias de 30 de diciembre de 1998 y 4 de noviembre de 2005, la sentencia 112/2009, de 25 de febrero, reafirma que en los supuestos de concesión de crédito la preferencia crediticia ha de venir referida a la de la operación de determinación o concesión del saldo exigible.

La sentencia 1112/2008, de 21 de noviembre, hace una extensa cita de la doctrina de la sala sobre la cuestión planteada, por encontrarse consolidada en numerosas resoluciones, que destaca.

3.- La aplicación de la doctrina expuesta al caso de autos determina la desestimación del motivo, pues la sentencia recurrida no desconoce, en contra de lo que alega la recurrente, la doctrina jurisprudencial de la sala; como lo prueba la cita que hace de las sentencias 112/2009, de 25 de febrero, y 1112/2008, de 21 de noviembre, que hemos traído a colación en la presente resolución.

Lo que sucede es que, a juicio de la sentencia recurrida, la póliza de crédito objeto del litigio tiene una serie de particularidades que el tribunal va desgranando, teniendo en cuenta para ello tanto la interpretación de las cláusulas de la póliza como la valoración de la prueba practicada.

Tras el oportuno análisis concluye que el saldo exigible quedó fijado y determinado el 21 de noviembre de 2007, por ser esa fecha, según razona, cuando se hizo la única disposición de dinero, estando pactado que no podrían hacerse otras disposiciones y que la cantidad no consumida del crédito a la fecha señalada quedaba cancelada.

La citada conclusión del tribunal ha de ser respetada, pues la recurrente no ha denunciado por el cauce procesal oportuno ni el error en la valoración de la prueba ni la interpretación del contrato por parte de aquel.

Si a juicio del tribunal esa es la fecha en que se fija el saldo deudor, siendo indubitado y exigible, la tesis de la sentencia recurrida, a la hora de fijar la preferencia crediticia, lejos de contradecir la doctrina jurisprudencial de la sala se compadece con ella». Se desestima el recurso de casación.

4.- SENTENCIA 176/2018, DE 3 DE ABRIL, RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION. NUM.: 1724/2015

Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Votación y fallo: 07/03/2018

Materia: Cobro de lo indebido. No debe estimarse en este caso en que habría procedido la revisión de las prestaciones de una relación obligatoria y la parte beneficiada por ella queda inactiva.

«Afirma la parte recurrente que, bajo la rúbrica de «cobro de lo indebido», el artículo 1895 del Código Civil establece que «cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla». [...]

Pues bien, incluso aceptando la posibilidad de que -en algún caso excepcional- pudiera darse la figura del cuasicontrato de cobro de lo indebido en supuestos regidos por reglas contractuales, es lo cierto que no cabe considerarlo así en el caso presente. Se trata aquí de la retribución por unos servicios que se vinieron prestando en igual forma en momento anterior a la consideración del pago en exceso y posteriormente, siendo así que por ello el pago de la cantidad que se considera excesiva no está carente de causa ni supone enriquecimiento de carácter injusto para quien lo recibe. Constituye un supuesto similar a aquél en que quien ha de pagar deja de hacer uso -por su propia falta de diligencia- de una deducción que le podía corresponder y que lógicamente no tenía por qué ser conocida por el «accipiens». Incluso la naturaleza del servicio retribuido implica que no pueda considerarse que existe enriquecimiento de carácter injusto por la parte demandada, que vino realizando la misma prestación; siendo así que el enriquecimiento de carácter injusto es requisito imprescindible para apreciar la figura del cobro de lo indebido en el seno de una relación contractual.

Por ello procede la estimación del motivo y del recurso, casando la sentencia recurrida y confirmando la dictada en primera instancia». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

5.- SENTENCIA 180/2018, DE 3 DE ABRIL, RECURSO DE CASACION. NUM.: 2199/2016

Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Votación y fallo: 21/03/2018

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

«Examinados los contratos 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 concreta el objeto del contrato en dos de ellos,

pues no se indica un apartamento sino una tipología de inmueble a la que denomina «City» e «Isla».

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 parcialmente el recurso de casación.

6.- SENTENCIA 181/2018, DE 4 DE ABRIL, RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION. NUM.: 1855/2017

Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

Votación y fallo: 14/03/2018

Materia: Derecho de familia. Modificación de medidas. Recurso extraordinario por infracción procesal. Congruencia. Extinción de la pensión compensatoria.

«Es reiterada jurisprudencia de esta sala que la congruencia exige una correlación entre los pedimentos de las partes oportunamente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir. Solamente habrá incongruencia omisiva si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes, siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita (sentencias 580/2016, de 30 de julio; 580/2017, de 25 de octubre).

Se exige para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda y, en su caso, de contestación o reconvenición, y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito. En este caso, es evidente que la sentencia recurrida, a diferencia de la del juzgado, que no tuvo necesidad de hacerlo, no se pronuncia sobre la pretensión formulada en la reconvenición para el caso de que se eliminaran alguna de las medidas interesadas en la demanda, como así fue, y esta ausencia de pronunciamiento sobre la elevación de los alimentos en favor de uno de los hijos, que se hizo como petición expresa y se reiteró en el recurso de apelación para el caso de admitirse las peticiones del recurrente, provoca indefensión a la recurrente, lo que deberá corregirse. [...]

Asumiendo la instancia, se debe resolver sobre el incremento de los alimentos que el padre debe abonar a su hija con una minusvalía del 75%, una vez que ha sido estimada la infracción procesal y la sala tiene los necesarios datos para ello, que no son otros que los que la sentencia del juzgado tuvo en cuenta al analizar la economía de las partes, atendiendo a la regla de proporcionalidad exigible en materia de alimentos, en la proporción recursos-necesidades de alimentante y alimentista del artículo 92 del Código Civil, y a la necesidad de que estas situaciones se resuelvan en todo caso. Hay que valorar para ello que el alimentante deja de pagar la pensión compensatoria y los alimentos del otro hijo, y que la alimentista es una persona que, por especial situación personal, necesita de especiales cuidados que, aun suplidos en parte con ayuda externa, no quedan cubiertos con los 313,17 euros a que ascendía la prestación alimenticia establecida inicialmente para cada uno de los hijos; estimando pertinente aumentarla a la cifra total de 600 euros al mes, que se hará efectiva desde la presente resolución». Se estima el recurso extraordinario por infracción procesal y se estima el recurso de casación.

7.- SENTENCIA 182/2018, DE 4 DE ABRIL, RECURSO DE CASACION. NUM.: 2878/2017
Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana
Votación y fallo: 20/03/2018

Materia: Derecho de familia. Guarda y custodia compartida.

«La sentencia recurrida petrifica la situación del menor, de cuatro años de edad en estos momentos, con el único argumento de que se encuentra adaptado al entorno materno, sin razonar al tiempo sobre cuál sería la edad adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior; y ello, desde la perspectiva del interés del niño, es contrario a lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, como ha recordado con reiteración esta Sala a partir de la sentencia 658/2015, de 17 de noviembre. [...]

El hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal, pues lo insólito sería una situación de entrañable convivencia que, sin duda, podría darse, pero que no es el caso. Para que esta tensa situación aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial (sentencias 566/2014, de 16 de octubre; 433/2016, de 27 de junio; 409/2015, de 17 de julio y 296/2017, de 12 de mayo).

Nada de eso dice la sentencia y ninguna valoración se hizo de un procedimiento penal archivado, ni en el recurso ni en la oposición al mismo. La tensión entre los progenitores no es en sí misma causa para negar la custodia compartida. No lo ha sido para ampliar el régimen de visitas del padre con su hijo hasta aproximarlos a un verdadero régimen de custodia compartida y ni si quiera el cumplimiento de este régimen durante unos meses ha revelado dificultad alguna para su desarrollo con absoluta normalidad». Se estima el recurso de casación.

8.- SENTENCIA 177/2018, DE 3 DE ABRIL, RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION. NUM.: 2544/2015

Ponente Excmo. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán
Votación y fallo: 14/03/2018

Materia: Reclamación del 50% de premio de bonoloto. Aplicación de derecho extranjero.

«El art. 12.6 CC sienta el principio de la imperatividad de las normas de conflicto al declarar que «los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español». En particular, la ley aplicable a los efectos del matrimonio es la que resulta de lo dispuesto en el art. 9.2 CC.

En el caso, no ha sido discutido que ambos cónyuges, de nacionalidad colombiana, vivían en Colombia cuando contrajeron matrimonio, años antes de venir a España. Resulta indudable que la ley aplicable a los efectos patrimoniales de los cónyuges, que es lo que aquí se discute, es la colombiana.

Sin embargo, la sentencia recurrida aplicó el derecho español porque consideró que, al no haber quedado acreditado el pago por tercero del precio de la lotería, no procedía la aplicación del art. 1782 CC colombiano (que atribuye al donatario los bienes que adquiere por donación) y entendió que procedía aplicar el derecho español, que atribuye carácter ganancial a los premios obtenidos en el juego.

Esta sala considera que el razonamiento no es correcto.

Las partes no han discutido acerca del contenido o de la vigencia de las normas del derecho colombiano que cada una de ellas ha alegado e invocado a su favor, bien de manera principal, bien de manera acumulada, bien de manera subsidiaria respecto de la cita de normas del derecho español. A ello hay que añadir que, como ambas partes apuntan en sus escritos, la «aplicación» que del derecho extranjero debe hacer el tribunal español viene facilitada por la sencilla comprobación que de la existencia y contenido de las normas colombianas invocadas por las partes puede llevarse a cabo mediante la consulta de la página web oficial del gobierno colombiano o de la página web del Consejo General del Poder Judicial, sin perjuicio del principio de alegación y prueba del Derecho extranjero por las partes que establece nuestro sistema jurídico (arts. 281.2, 282 LEC y 33 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional).

No se plantea por tanto en el presente caso un problema de prueba del derecho extranjero ni la oportunidad de que el tribunal supla la prueba del mismo. Además, dadas las alegaciones y argumentaciones de las partes, la resolución del recurso con arreglo al derecho extranjero no da lugar a incongruencia (art. 218 LEC) y, por el contrario, la aplicación al caso del derecho español, que según el art. 33.3 de la citada Ley 29/2015 debe hacerse solo con carácter «excepcional», cuando no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del derecho extranjero, resulta incorrecta». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y se estima el recurso de casación.

9.- SENTENCIA 183/2018, DE 4 DE ABRIL, RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION. NUM.: 2900/2017

Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

Votación y fallo: 21/03/2018

Materia: Derecho de familia. Modificación de medidas. Cambio de guarda y custodia. Interés del menor. Retroactividad de la pensión de alimentos cuando se cambia el obligado al pago.

«Lo que se pretende en los dos primeros motivos es una revisión de los hechos que ha tenido en cuenta la sentencia a partir la cita de algunas sentencias de esta sala sobre la guarda y custodia compartida que no son de aplicación al caso, al no haberse resuelto un supuesto referido a este sistema de custodia; sin que la referencia a un episodio de violencia, en el que no está incurso el demandante, y que ha sido ajeno a la motivación de las sentencias, tanto de la del juzgado, como de la Audiencia, sirva para adoptar una solución jurídica distinta.

El Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados, porqué razón altera el régimen de guarda y custodia, y como tal debe mantenerse. El recurso de casación en la determinación del régimen de la

guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia. [...]

Los alimentos se instauran por primera vez a cargo del padre y en favor de un hijo que antes de la formulación de la demanda había pasado a convivir con su padre. Ello sitúa el pago en el primer caso y no en el segundo desde la fecha en que se interpuso la demanda iniciadora del proceso (sentencia 696/2017, de 20 de diciembre)». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y se desestima el recurso de casación.

10.- SENTENCIA 195/2018, DE 4 DE ABRIL, RECURSO DE CASACION. NUM.: 2818/2016

Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Votación y fallo: 03/04/2018

Materia: Aprovechamiento de bienes inmuebles por turnos. Nulidad.

«[...] 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)». Se estima el recurso de casación.

11.- SENTENCIA 179/2018, DE 3 DE ABRIL, RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION. NUM.: 1851/2015

Ponente Excmo. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Votación y fallo: 20/03/2018

Materia: Contrato de arrendamiento de local concertado durante treinta años. Aplicación de la cláusula contractual por la que el arrendatario se compromete a no desistir del contrato durante el plazo de diez años y, en caso contrario, a pagar las rentas pendientes hasta cumplir dicho plazo.

«La cuestión jurídica que se plantea en este recurso de casación es la de si, en atención a las circunstancias, procede el cumplimiento de lo pactado o si debe moderarse la cantidad que resulta de lo previsto en el contrato para el caso de que el arrendatario desistiera del mismo. La sentencia recurrida consideró procedente la moderación en atención a las siguientes consideraciones: que lo pactado fue una cláusula penal que establecía la obligación de «indemnizar» a cargo del arrendador si incumplía el plazo obligatorio y que el arrendador volvió a poner el local en alquiler, por lo que la falta de moderación daría lugar a un enriquecimiento injusto.

Todos los motivos del recurso se dirigen a impugnar este pronunciamiento, por lo que se abordan de modo conjunto para resolver el recurso que, por las razones que se exponen a continuación, debe ser estimado.

1.^a) En el caso, el contrato fue negociado por dos empresas, dedicada al alquiler de bienes inmuebles la arrendadora y a la distribución de mercancías la arrendataria (que, en virtud de la cesión del contrato, fue sustituida en el contrato por la demandada, después absorbida por la ahora recurrida).

2.ª) *En los arrendamientos de negocio rige la libertad de pactos (art. 4.3 LAU y art. 1255 CC), lo que incluye la libertad de introducir en el contrato un pacto por el que se atribuya a una de las partes la facultad de poner fin a la relación contractual, así como la posibilidad de pactar la cantidad que deberá pagarse por el ejercicio de esta facultad. [...]*

A juicio de esta sala no resulta irrazonable que en un contrato que tiene una duración de treinta años se garantice el pago de la renta durante los diez primeros años y se exija a la arrendataria que quiere salir del contrato con anterioridad el pago de esa penalización.

Literalmente, la arrendataria se comprometía «a no rescindir unilateralmente los contratos por voluntad propia durante el plazo de diez años» y, en caso contrario, quedaba obligada «a indemnizar a la arrendadora por las rentas pendientes hasta cumplir dicho plazo». En definitiva, con independencia de las imprecisiones terminológicas, se atribuyó a la arrendataria una facultad de desistimiento anticipado a cambio de pagar el importe equivalente a las rentas pendientes hasta cumplir el plazo de diez años si ponía fin al contrato antes de ese momento. La suma que debía pagar la arrendataria sería menor a medida que la extinción del contrato se produjera en fecha más próxima a los diez años y, pasado el plazo de los diez años, la arrendataria quedaba obligada a pagar por una sola vez el importe de una mensualidad. [...]

Por todo lo anterior, no procedía moderar la cuantía de la suma que según el contrato debía pagar la arrendataria al extinguirlo por su sola voluntad». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y se estima parcialmente el recurso de casación.

Abril 2018.