TRIBUNAL SUPREMO
SALA PRIMERA

GABINETE TÉCNICO



SENTENCIAS FIRMADAS
DEL 2 AL 6 DE OCTUBRE 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 522/2017, DE 27 DE SEPTIEMBRE. RECURSO DE CASACION. NUM.: 3360/2015
Ponente Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán
Votación y fallo: 06/09/2017

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

«Mediante los contratos de 18 de noviembre de 2009 y de 10 de febrero de 2010, sin abonar precio, las partes procedieron a canjear los derechos correspondientes a las semanas adquiridas mediante el contrato de 17 de noviembre de 2008 por derechos correspondientes a otras semanas en otros apartamentos. Hubo por tanto una modificación del objeto del contrato concertado inicialmente y no la contratación de nuevos derechos de aprovechamiento. Puesto que, para los contratos como el concertado entre las partes en 2008, celebrados «al margen de la Ley», el art. 1.7 de la Ley 42/1998 establece la nulidad «de pleno derecho», hay que concluir que no cabe confirmación del contrato mediante la celebración de otros contratos con la misma estructura que el primero (adhesión a un club, falta de cumplimiento de todas las exigencias de contenido e informativas previstas en la Ley). Siendo nulo el contrato de 17 de noviembre de 2008 son nulas también las modificaciones objetivas de 2009 y 2010 y por ello, como consecuencia de la restitución propia de la nulidad, la demandada recobra los derechos que adquirieron los demandantes en virtud de tales contratos». Se estima el recurso de casación.

2.- SENTENCIA 520/2017, DE 27 DE SEPTIEMBRE. RECURSO EXTRAORDINARIO DE INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION. NUM.: 866/2015
Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana
Votación y fallo: 06/09/2017

Materia: Contrato de seguro. Cobertura de riesgo. Clausulas limitativas aceptadas por el asegurado.

«No se discute el carácter limitativo de tales cláusulas. Lo que no se sostiene es que sean nulas por el simple hecho de su carácter limitativo. Lo serán cuando no se sujeten al régimen especial impuesto en la Ley para las mismas, distinto del que se exige para las condiciones particulares. En efecto, la exigencia de que las cláusulas limitativas de derechos figuren «destacadas de modo especial», responde a la finalidad de que el asegurado tenga un conocimiento exacto del riesgo cubierto por la póliza. Lo importante es que las cláusulas limitativas deben permitir al asegurado comprender su significado y alcance para diferenciarlas de las que no tienen esa naturaleza (STS de pleno 402/2015, de 14 de julio). […]

La entidad aseguradora cumplió con las exigencias establecidas en el artículo 3 LCS para validez y eficacia de las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, como así lo señala la sentencia recurrida: a) con relación al requisito del especial resalte, aparte de una llamada expresa a los riesgos excluidos que se realiza desde las condiciones particulares al

condicionado general, vienen suficientemente destacadas en «negrita» y son fácilmente detectables por el asegurado; b) no son complejas, sino de fácil entendimiento por el asegurado, y c) la póliza aparece firmada por el asegurado tanto en las condiciones particulares, como en las condiciones generales, en la forma que exige la jurisprudencia citada». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

3.- SENTENCIA 525/2017, DE 27 DE SEPTIEMBRE. RECURSO DE CASACION. NUM.: 1764/2016

Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz
Votación y fallo: 19/09/2017

Materia: Derecho de familia. Declarada la disolución del matrimonio por divorcio, el Juzgado debe acordar las medidas que afecten a hijos menores, pese a la incomparecencia de la actora al acto de la vista, a la que si compareció su Procurador.

«En el supuesto enjuiciado no se está en presencia de una situación de precariedad del progenitor alimentante, pues él mismo ofrece pagar pensión a razón de 50€ mensuales para cada hijo, sino de ausencia de alegaciones de la parte recurrente sobre su petición a causa de no haber comparecido a la vista.

Teniendo en cuenta el interés del menor y que las medidas que a ellos afectan deben adoptarse de oficio, sin estar sometidas a la justicia rogada, la ausencia de la actora a la vista puede incidir en la determinación del quantum de la pensión, pero no justificar, como afirma la recurrente y el Ministerio Fiscal, la ausencia de decisión sobre tan trascendental medida en beneficio de los menores.

Téngase en cuenta que el párrafo primero del art. 93.CC contempla un derecho incondicional, que debe ser sancionado incluso de oficio («El Juez en todo caso...»).

Hasta tal punto es así que la sentencia de 21 de mayo de 2012 señala que «no puede alegarse incongruencia cuando las partes no hayan formulado una petición que afecta al interés del menor, que deberá ser decidida por el Juez, en virtud de la naturaleza de ius cogens que tiene una parte de las normas sobre procedimientos matrimoniales».

Pues bien, si en ausencia de justicia rogada el Juez viene obligado a fijar pensión alimenticia en favor de los hijos menores, con mayor motivo cuando existe petición al respecto y el obligado hace un ofrecimiento.

El Tribunal, en todo caso, pudo hacer uso de la facultad que le ofrece el art. 752 LEC en esta clase de procedimientos de decretar «de oficio cuantas pruebas estime pertinentes», disposición que ha aplicado esta sala en SSTS de 5 de octubre; 13 de junio, 25 de abril y 2 de noviembre de 2011, entre otras.

Si así no obró, al menos debió fijar, como contribución del progenitor demandado a los alimentos de los hijos menores, la cantidad ofrecida por él al contestar a la demanda». Se estima el recurso de casación.

4.- SENTENCIA 536/2017, DE 2 DE OCTUBRE. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION. NUM.: 1102/2015
Ponente Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán
Votación y fallo: 27/09/2017

Materia: Cláusula penal. Moderación.

«Por lo que se refiere a la facultad moderadora de la pena atribuida al juez en el art. 1154 CC, es doctrina de esta sala la de que la moderación de la pena queda condicionada a la concurrencia del supuesto previsto en el precepto, esto es, que la obligación hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor. Pero no cabe moderación de la pena cuando la misma hubiera sido prevista para sancionar, precisamente, el incumplimiento producido (sentencias 384/2009, de 1 de junio, 708/2014, de 4 de diciembre).

De manera específica, se reitera esta doctrina y se excluye la facultad moderadora de los tribunales en las sentencias 366/2015, de 18 de junio, 710/2014, de 3 de diciembre, 89/2014, de 21 de febrero y 211/2009, de 26 de marzo, referidas a supuestos en los que la cláusula se insertó en el contrato precisamente para el incumplimiento producido, la negativa de la compradora a otorgar escritura pública de compraventa y abonar el resto del precio pendiente, de modo semejante a lo que sucede en el caso que da lugar a este recurso.

3.ª- En el presente caso litigioso, la sentencia recurrida, considera que procede moderar una pena prevista para el caso de que la compradora no otorgase escritura pública (como así sucedió) con un triple argumento: i) que la compradora cumplió parcialmente su obligación, al haber pagado un millón de euros a cuenta del precio; ii) que podría pensarse en una desproporción de la penalización, dado que el precio final de la compra estaba supeditado al coeficiente de edificabilidad de las fincas objeto del contrato, que previsiblemente se podía situar en los veintiocho millones de euros; iii) que la vendedora incurrió en un incumplimiento no esencial pero arbitrario.

Este razonamiento muestra que la sentencia recurrida, partiendo de una interpretación ilógica de la cláusula penal, aplica incorrectamente la facultad moderadora del art. 1154 CC». Se estima el recurso de casación.

5.- SENTENCIA 539/2017, DE 3 DE OCTUBRE. RECURSO DE CASACION. NUM.: 1298/2015
Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
Votación y fallo: 26/09/2017

Materia: Arrendamientos urbanos. Acción relativa al cumplimiento de contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda. Se rechaza la analogía en la aplicación del art. 11 de la LAU a los arrendamientos para uso distinto de viviendas. Ausencia de pacto sobre el desistimiento unilateral. Ausencia de pacto sobre cláusula penal.

«En base al art. 1124 del C. Civil, el arrendador podía solicitar el cumplimiento del contrato, como ha hecho, exigiendo el pago de las rentas adeudadas y las que quedaban por vencer.

Igualmente podía instar la resolución del contrato con indemnización de daños y perjuicios, pero no optó por esa vía.

Esta sala en sentencia 183/2016 de 18 de marzo y en la 297/2017 de 16 de mayo declaró: *[…]*

»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».

Esta doctrina es extrapolable al caso de autos, en cuanto no se pactó el desistimiento unilateral y tampoco se acordó cláusula penal alguna, habiéndose solicitado tan solo el cumplimiento del contrato. En el asunto que ahora analizamos, además, consta la expresa y previa oposición extrajudicial del arrendador a la resolución del contrato. También ha de valorarse el intento del arrendador en la búsqueda de nuevos arrendatarios». Se estima el recurso de casación.

6.- SENTENCIA 529/2017, DE 27 DE SEPTIEMBRE. RECURSO DE CASACION. NUM.: 3933/2016

Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz
Votación y fallo: 20/09/2017

Materia: Derecho de familia. Guarda y custodia compartida. Se deniega por la falta de mutuo respeto de los progenitores en sus relaciones personales, con peligro de afectar perjudicialmente al menor.

«La sentencia recurrida advierte que el interés del menor no aconseja la modificación del régimen de custodia, y la sentencia de primera instancia, no desmentida por la recurrida, y en la que funda su obligación el Ministerio Fiscal, pone el acento en unas relaciones tensas entre los progenitores, incluidas denuncias penales, que, a su juicio, perjudicaría el desarrollo del menor.

Ello no contradice la doctrina de la sala, pues si bien ésta no considera que impida la guarda y custodia compartida los desencuentros propios de las crisis matrimoniales que no afecten de modo relevante a los menores (SSTS de 30 de octubre de 2014; 11 de febrero de 2016), sin embargo mantiene (sentencia de 19 de julio de 2013) que esta modalidad de custodia «conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.».

Esa relación de mutuo respeto es la que, en el fondo, se niega, y, una vez más se echa en falta, en un tema tan delicado, la ausencia de un informe psicosocial que ayude al tribunal a tener mayor conocimiento de causa para poder decidir, como se desprende de lo declarado en la sentencia de 21 de septiembre de 2016.

Dicho informe no será requisito imprescindible, pero sí es conveniente en estos casos (sentencia de 7 de marzo de 2017)». Se desestima el recurso de casación.

7.- SENTENCIA 538/2017, DE 2 DE OCTUBRE. RECURSO DE CASACION. NUM.: 253/2017

Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller
Votación y fallo: 27/09/2017

Materia: Derecho de familia. Modificación de medidas. Pensión por desequilibrio econoómico. Carácter indefinido. Condiciones que se han de tener en cuenta para establecer un límite temporal.

«Resulta así que la propia parte recurrente reconoce que el juicio prospectivo realizado por la Audiencia solo ha de ser revisado cuando se muestre ilógico o irracional, de lo cual se deduce que en el caso presente no procede dicha revisión en tanto que la Audiencia ha valorado adecuadamente la situación de hecho a la hora de decidir sobre el carácter indefinido de la obligación de pago de la pensión. […]

En este caso no basta que la esposa haya trabajado y tenga cierta cualificación –en parte, condicionada por la dedicación a labores domésticas durante bastantes años- para dar por cierto que podrá acceder al mercado laboral en un plazo determinado, cuando es conocida la dificultad que aún existe para ello como consecuencia de una larga crisis económica y que la interesada ha superado ya la edad de cincuenta años. La fijación temporal de la pensión ha de partir de la convicción del tribunal de que, dentro del plazo fijado, se ha de poder restaurar el equilibrio por los propios medios del cónyuge beneficiario. Cuando no existe tal convicción –como ocurre en el caso- lo oportuno es el establecimiento de la pensión con carácter indefinido, lo que no implica un derecho a cesar en la búsqueda de tal restauración del equilibrio mediante ingresos propios y la imposibilidad de solicitar una modificación de medidas cuando tal búsqueda no se produce, con la finalidad –que no puede encontrar amparo en derecho- de mantener el percibo de la pensión por parte de quien se beneficia de ella. Lo que procede, en definitiva, es hacer una ponderación de las circunstancias concurrentes a efectos de decidir en cada caso lo más adecuado en atención a los intereses en conflicto; ponderación que se ha de entender realizada correctamente por la Audiencia Provincial, lo que impide que el recurso prospere». Se desestima el recurso de casación.

8.- SENTENCIA 523/2017, DE 27 DE SEPTIEMBRE. RECURSO DE CASACION. NUM.: 1347/2015

Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz
Votación y fallo: 13/09/2017

Materia: Contrato de seguro. No se imponen a la aseguradora los intereses previstos en el art. 20.4 LCS, por concurrir causa justificada.

«Al examinar la fundamentación de la sentencia recurrida se aprecia, según se ha recogido en el resumen de antecedentes, que no solo es que

existiese una auténtica necesidad de acudir a litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda razonable entorno a la obligación de indemnizar, sino que seguido éste, y practicadas las pruebas, el tribunal de instancia abriga dudas sobre si concurre o no el presupuesto fáctico de la cláusula de exclusión de cobertura; y si se inclina por no aplicar la cláusula en cuestión y estima la demanda es por entender que las dudas han de perjudicar a la compañía de seguros, que tendría la carga de acreditar cumplidamente los presupuestos de la cláusula de exclusión.

Los hechos nucleares en que el recurrente funda su recurso como presupuestos fácticos, no los acoge la sentencia recurrida, pues, tras valorar minuciosamente las pruebas practicadas y venidas a autos, no alcanza la convicción de la intervención del Arquitecto asegurado en la causa desencadenante de la infracción urbanística.

De ahí, que la valoración jurídica de la sentencia recurrida se compadezca con el artículo 20.8 LCS en la interpretación que de su aplicación hace la jurisprudencia». Se desestima el recurso de casación.

9.- SENTENCIA 530/2017, DE 27 DE SEPTIEMBRE. RECURSO DE CASACION. NUM.: 183/2017

Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana
Votación y fallo: 20/09/2017

Materia: Modificación de la capacidad. Nombramiento de curador y no de tutor.

«En el caso que da lugar al presente recurso de casación, ha quedado probado que doña D presenta un diagnóstico compatible con el síndrome de Down con déficit intelectual ligero/moderado, que afecta a decisiones sobre su salud, hábitos e higiene, para adoptar decisiones sobre horarios básicos, sobre estancia residencial y sobre desplazamientos sobre salud o formación, que deben ser supervisados en todo caso, lo que limita notablemente su autonomía personal. Por otra parte, tiene dificultades importantes para el uso del dinero y conocimiento de su valor material

3.- Esta situación se compadece mal con una limitación total de la capacidad de obrar de Doña D y su sometimiento a tutela, propia de una discapacidad total. […]

Con arreglo a estos hechos y a la doctrina expresada, se debe estimar en este aspecto el recurso, concretando los apoyos que deberán prestase por el curador sustancialmente a los que recoge la sentencia de la Audiencia, tanto en el aspecto personal como patrimonial, con un aumento moderado de las cantidades a que hace referencia, que podrán llegar hasta la suma de 150 euros mensuales, repartida por días o semanas, sin perjuicio de las que pueda necesitar para llevar la vida de relación adecuada a su inclusión social.

No se extiende la limitación al derecho de sufragio tanto activo como pasivo puesto que no existe prueba ni razón alguna para privarle de este derecho. Como indica en su informe el Ministerio Fiscal, «el discernimiento de ésta sobre la acción política de una determinada candidatura es lo suficiente para tener un mínimo criterio con suficiencia para el fin indicado» (art. 3.2 LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General).

TERCERO.- Se interesa también que se nombre curador a la madre y no a la hermana de doña D, que fue designada tutora, pero lo cierto es que en el

motivo no se cita artículo alguno sobre nombramiento de curador y no hay razón alguna para que en este recurso se altere el criterio de la sentencia con un argumento simplemente voluntarista ajeno a lo que se ha tenido en cuenta para designar a una y no a otra para el cargo, en este caso ya no de tutor sino de curador». Se estima en parte el recurso de casación.

10.- SENTENCIA 543/2017, DE 4 DE OCTUBRE. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION. NUM.: 1542/2015
Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
Votación y fallo: 27/09/2017

Materia: Propiedad horizontal. Los estatutos exoneran a los locales del pago de los gastos de conservación de las instalaciones de la piscina y del portal.

«La mayor parte de las sentencias de esta sala se refieren a la instalación de ascensores, es decir, a la inclusión de un servicio nuevo dentro de la comunidad, con la especificidad que dicha cuestión genera.
En el presente caso se trata de sustitución de unas bovedillas por otras y la colocación de una puerta en el portal y, por otro lado, de unos estatutos que incluyen una exención «específica», en relación con los gastos de conservación. Es decir, no se trata de una exención «genérica» como la analizada en la doctrina jurisprudencial mencionada.

En la sentencia recurrida se mantiene la condena al pago de los conceptos impugnados, pues parece deducirse que no los considera gastos de conservación, sin mayor análisis.

De lo expuesto debemos declarar que de acuerdo con el art. 9.1 de la LPH, la comunidad pactó unos estatutos que exoneraban a los titulares de los locales, del pago de los gastos relativos a la conservación de las instalaciones de la piscina y del portal, por lo que en este aspecto ha de estimarse el recurso, pues las partidas que se impugnan son claramente referentes a la conservación del inmueble, como es la instalación de una puerta en el portal y la sustitución de las bovedillas existentes, obras con las que se pretende el mantenimiento de los elementos comunes referidos, sin que conste que sean instalaciones ex novo, es decir, que no existieran antes». Se estima el recurso de casación.

11.- SENTENCIA 537/2017, DE 2 DE OCTUBRE. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION. NUM.: 3561/2016
Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz
Votación y fallo: 27/09/2017

Materia: Cambio de nombre. Art. 54 LRC.

«No cabe acudir para sustentar el recurso al derecho fundamental de la propia imagen, pues precisamente los argumentos del recurrente operan en su contra cuando afirma que le dicen Viturro desde hace cuarenta años.

Pues bien, familiar y coloquialmente así será, como le sucede a muchas personas a las que de pequeños le decían nombres fruto de errores de otros pequeños y, que hicieron fortuna en ese ambiente, esto es, hipocorísticos, pero

lo cierto es que en todas sus relaciones oficiales y administrativas su imagen coincide con el nombre que fue inscrito.

Si ahora se accede al cambio, con un nombre que coincide con un apellido y no con nombre de varón, la confusión es evidente respecto de los cuarenta años en los que oficialmente ha tenido y tiene una imagen, que en cuanto a nombre no coincide con el coloquial.

El nombre pretendido, como reconoce la contraparte, el Ministerio Fiscal y la sentencia de instancia, no ha alcanzado autonomía propia y se ha detenido en el ámbito familiar y coloquial.

Como afirma el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, y así lo recoge también la DGRN en resolución de 23 de septiembre de 2004, quedan prohibidos los diminutivos o variantes familiares y coloquiales que no hayan alcanzado sustantividad (art. 54, II, LRC) y tal prohibición alcanza al vocablo Viturro que no es conocido más que como un hipocorístico sin autonomía». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

12.- SENTENCIA 542/2017, DE 4 DE OCTUBRE. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION. NUM.: 992/2015

Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Votación y fallo: 27/09/2017

Materia: Contrato de seguro. Adhesión a seguro de vida colectivo con cobertura de invalidez permanente absoluta. Deber de declaración del riesgo y art. 10 LCS: culpa grave del asegurado por ocultar datos sobre su estado de salud- tratamiento médico por enfermedad preexistente- que, por la naturaleza y coberturas del seguro contratado, tenía que conocer como objetivamente influyentes para valorar el riesgo.

«El presente asunto presenta una mayor similitud con el analizado por esta última sentencia 72/2016, de 17 de febrero, y, en consecuencia, la solución ha de ser la misma. Es verdad que no se le formularon al asegurado preguntas concretas sobre una patología o enfermedad en particular, pero esto no es suficiente para justificar sus reticencias porque, aunque no fuera plenamente consciente de la concreta enfermedad que padecía o de su gravedad, indudablemente sí que era conocedor de que padecía importantes problemas de salud de presumible evolución negativa por los que había precisado consulta médica y la realización de diversas pruebas, y, por tanto, de que esos problemas eran los que le habían llevado a estar bajo tratamiento médico con «Lioresal», que es el dato cuya ocultación a la aseguradora no puede tener cabida en la buena fe («canon de la buena fe» según sentencia 1373/2007, de 4 de enero) que preside la relación contractual de seguro, por cuanto no se trataba de un medicamento indicado para problemas de salud cotidianos, comunes o habituales que el asegurado pudiera representarse como desvinculados del riesgo asegurado, sino de un medicamento de prescripción, indicado para enfermedades graves como la esclerosis múltiple, que el asegurado además no tuvo reparo en mencionar tan solo unos días antes en la revisión médica de la empresa. En consecuencia, la pregunta de si padecía alguna enfermedad que necesitara tratamiento puede considerarse genérica pero, por la naturaleza de los padecimientos que venía sufriendo el

asegurado desde años antes, que afectaban a su movilidad y tenían un pronóstico de evolución negativa, por el carácter específico para el tratamiento de tales padecimientos que tenía el concreto medicamento que se le había prescrito (según el vademécum, su dispensación exige prescripción médica), por la advertencia que aparecía en el propio boletín de adhesión (en el sentido de que una respuesta positiva determinaría la necesidad de responder a un cuestionario más exhaustivo) y, en fin, por las coberturas del seguro contratado, que incluía la invalidez, existían suficientes elementos significativos que el asegurado debía representarse como objetivamente influyentes para que la aseguradora pudiera valorar el riesgo cubierto, máxime si se tiene en cuenta que entre el reconocimiento médico laboral en el que sí mencionó el tratamiento que seguía desde años antes y sus respuestas al cuestionario, en las que negó cualquier tipo de tratamiento, mediaron tan solo unos días.

5.ª) En consecuencia, la sentencia recurrida no infringe los arts. 10 y 89 LCS, porque aun cuando el recurrente no fuera plenamente consciente de la gravedad de su enfermedad, razón por la que la sentencia de primera instancia rechazó aplicar en su contra el art. 10 LCS, su silencio acerca del tratamiento que seguía por una patología que se había manifestado dos años antes y que empeoraba progresivamente siempre sería subsumible en el concepto de «culpa grave» como negligencia inexcusable». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

13.- SENTENCIA 535/2017, DE 2 DE OCTUBRE. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION. NUM.: 4096/2016
Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz
Votación y fallo: 26/09/2017

Materia: Oposición a resolución administrativa de desamparo de un menor. Falta de respeto de los hechos probados.

«Los recursos de casación interpuestos ofrecen una visión parcial de los hechos que contempla la sentencia recurrida para aplicar la consecuencia jurídica sin que respetados los mismos, la sentencia dictada en segunda instancia se oponga a la doctrina jurisprudencial de esta sala asentada sobre el preferente interés superior del menor. […]

El Tribunal en fin no tiene duda del compromiso parental de la progenitora, ni de capacidad para funciones propias, tratándose de una persona seria, sin adicciones y adaptada altruista y con buena disposición (así consta en el informe (...), que se ha procurado vivienda en propiedad por sus propios medios, que ha demostrado apego emocional a su hijo, al que procurar esparcimientos propios de su edad (ahí están los múltiples vídeos, fotos, en la feria, en la cabalgata de reyes, etc...), le proporciona alimentación adecuada y pasa los controles ordinarios médicos sin ser sabedora de los rasgos autistas. Es decir es capaz a pesar de las dificultades que le acucian y posiblemente algo afectada por las mismas, de proporcionar al menor el ambiente familiar y de estabilidad emocional, que la Consellería está deseando procurar para el menor.

No puede olvidarse que el menor va a quedar escolarizado y por lo tanto los estímulos y la sociabilidad serán las ordinarias, dando continuidad a los avances obtenidos en este tiempo, con control en el colegio.

Respetadas las circunstancias concurrentes, sobre las que descansa la razón decisoria de la sentencia que se apoya en el interés del menor, no existe el interés casacional alegado. La aplicación de la doctrina jurisprudencial de esta sala no podría conllevar una modificación del fallo». Se desestiman los recursos extraordinario por infracción procesal y los recursos de casación.

14.- SENTENCIA 544/2017, DE 5 DE OCTUBRE. RECURSO DE CASACION. NUM.: 1188/2015

Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
Votación y fallo: 19/07/2017

Materia: Comunidad hereditaria. Indivisión. Distribución por lotes. Necesidad de pública subasta.

«Esta sala declara que se infringen en la sentencia recurrida los arts. 400 y 402 del C. Civil, en cuanto se ha efectuado una adscripción de bienes indivisos, sin sorteo, y con causa cuya justificación no tiene refrendo legal, cual es que Dña. Isabel se encuentra residiendo allí.

En segundo lugar, se forman unos lotes en los que destaca su desproporción económica.

En tercer lugar, en el presente caso, todas las fincas deben considerarse indivisibles, a tenor del propio fallo. Además, no todas proceden de una división de herencia, y existe una edificación, que se adjudica a la demandada, sobre una finca que no era objeto del proceso, cuestión posteriormente subsanada. Se trata de la división de cuatro fincas, de las cuales tres proceden de adjudicación en división de herencia, y una de retracto de colindantes. Se declara probado su carácter indivisible.

En suma, el hecho de que una de las herederas resida en el inmueble de mayor valor, no constituye título de atribución ni causa justificada para obviar la subasta, tal y como declaró esta sala en sentencia 186/2010, de 29 de marzo». Se estima el recurso de casación.

Octubre 2017.