

**TRIBUNAL SUPREMO
SALA PRIMERA**

GABINETE TÉCNICO



**SENTENCIAS FIRMADAS
DEL 19 AL 23 DE NOVIEMBRE DE 2018
SECCIÓN 1ª**

**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.
Magistrado. Letrado del Gabinete Técnico.

1.- SENTENCIA 635/2018, DE 16 DE NOVIEMBRE, RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION. NUM.: 1250/2016

Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

Votación y fallo: 24/10/2018

Materia: Responsabilidad civil médica. Valoración de la prueba.

«Todos los motivos de casación tienden a señalar que los hechos que se declaran probados, y en especial los que deberían haber sido de no existir error en la valoración de la prueba, deben calificarse como constitutivos de infracción de la lex artis por la tardanza en el tratamiento quirúrgico una vez que empezaron a manifestarse los síntomas de empeoramiento, de los que los facultativos pudieron deducir que el posoperatorio no evolucionaba satisfactoriamente.

Se desestima.

Los cuatro se formulan al amparo de los artículos 1902 y 1903 del CC, y tienen que ver, básicamente, con la inoperabilidad del TAC, algo que ha quedado descartado en la sentencia como criterio de imputación y con los hechos probados de los que no es posible deducir ninguna culpa o negligencia en los médicos que intervinieron al Sr. Pons, algo que también descartó la sentencia del juzgado. También se relacionan con el daño desproporcionado, confundiéndolo con la responsabilidad por deficiencias asistenciales, que constituye el núcleo esencial de la lex artis de un hospital o centro médico, cuyo incumplimiento puede ser determinante de la evolución negativa del paciente, como también lo confundió el juzgado, para traer finalmente a colación algo novedoso como es la infracción de la doctrina de la pérdida de oportunidad, dando por supuesto que ha habido culpa causalmente vinculada a un daño, sin haberse constatado previamente la existencia de una actuación contraria a la lex artis que privó al paciente de alguna expectativas de curación». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

2.- SENTENCIA 634/2018, DE 14 DE NOVIEMBRE, RECURSO DE CASACION. NUM.: 373/2016

Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Votación y fallo: 06/11/2018

Materia: Derecho de familia. Alimentos. Buena fe. No se aprecia en el ejercicio del derecho a reclamación de pensiones alimenticias que no se hizo durante el transcurso de veinte años.

«En cualquier caso, la pensión de alimentos se fija en atención a las necesidades existentes en cada momento, siendo revisable cuando varíen las necesidades del alimentista y las posibilidades económicas del alimentante. No cabe considerar que cumple con los requisitos de ejercicio del derecho conforme a las reglas de la buena fe la reclamación que se hace con tanto retraso respecto del momento en que presumiblemente era necesario percibir la pensión alimenticia, cuando se acumulan cantidades que difícilmente pueden ser asumidas por el obligado al pago.

Hay que tener en cuenta que, establecida la obligación de pago de la pensión en el año 1987, no se produce la primera reclamación hasta el año 2007 (Ejecución de Títulos Judiciales n.º 334/2007 del Juzgado de Primera Instancia de Muros), cuando ya habían transcurrido veinte años desde que se había dictado la sentencia de separación matrimonial. El decaimiento del derecho por su falta de uso no cabe predicarlo exclusivamente de los supuestos específicos en que la ley establece los oportunos plazos de prescripción o de caducidad en su exigencia, sino también en aquellos supuestos como el presente en que el derecho se ejercita de forma tan tardía que supone desconocimiento del mandato establecido en el artículo 7 del Código Civil.

Se falta así a la buena fe en el ejercicio de los derechos y se vulnera la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de esta sala que se citan (núm. 369/2012, de 18 junio, 970/2011, de 9 enero 2012, 872/2011, de 12 diciembre, 373/2007, de 10 de noviembre, 974/2007, de 21 de septiembre, entre otras)». Se estima el recurso de casación.

3.- SENTENCIA 636/2018, DE 16 DE NOVIEMBRE, RECURSO DE CASACION. NUM.: 956/2016

Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana
Votación y fallo: 31/10/2018

Materia: Contratos bancarios. Obligaciones subordinadas. Error en el consentimiento. Legitimación activa: se mantiene por el contratante pese a la sustitución de participaciones preferentes por acciones y posterior transmisión al FROB.

«Esta sala ya se ha pronunciado sobre la cuestión en varias sentencias coincidentes con la fijación de la doctrina que se estima adecuada al respecto. Como más reciente la 109/2018, de 2 de marzo. Dice lo siguiente.

«La cuestión de la legitimación activa tras el canje obligatorio y la posterior venta de las acciones obtenidas ha sido objeto de tratamiento en la sentencia de esta sala 580/2017, de 25 de octubre que, con cita de la anterior sentencia 448/2017 de 13 de julio, ha declarado lo siguiente: “ [...] no puede considerarse, con fundamento en el art. 1307 CC, que la venta voluntaria de las acciones objeto de canje obligatorio prive a los adquirentes de los títulos canjeados de su acción de anulabilidad”. Las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas salieron del patrimonio de la recurrente en el momento del canje obligatorio, por lo que ya desde esa fecha no era posible su restitución en ejecución de una eventual sentencia que declarara la nulidad del negocio originario de adquisición. De manera que la posterior aceptación de la oferta de adquisición del FGD no añadió nada a dicha imposibilidad de restitución, puesto que los títulos ya habían salido del patrimonio de la adquirente, no por su voluntad, sino por imposición administrativa- anterior a la aceptación de la oferta de compra de las acciones. La cual, por cierto, no se hizo conforme a un precio negociado, y ni siquiera de mercado, sino conforme al precio fijado por un experto designado por el FGD, en el marco de la intervención administrativa de la entidad emisora y comercializadora». Se estima el recurso de casación.

4.- SENTENCIA 655/2018, DE 20 DE NOVIEMBRE, RECURSO DE CASACION. NUM.: 1654/2016

Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Votación y fallo: 13/11/2018

Materia: Contratos bancarios. Participaciones preferentes y obligaciones subordinadas. Incumplimiento de la obligación de información. Acción de indemnización de daños y perjuicios. Intereses legales. Dies a quo (día inicial de cómputo) en caso de incumplimiento contractual. Art. 1101 C. Civil.

«Los demandantes ejercitaron una acción de indemnización de daños y perjuicios del art. 1101 del C. Civil, derivada del incumplimiento de la obligación de información, por la entidad bancaria, al contratar productos de inversión complejos (participaciones preferentes y obligaciones subordinadas).

No ejercitaron acción de nulidad contractual.

En la sentencia del juzgado se declaró el incumplimiento contractual y como indemnización la obligación por el banco de devolver el importe de la inversión, minorado por las rentas y por el importe de la venta de las acciones objeto de canje, fijando el interés legal desde la interposición de la demanda.

En la sentencia de la Audiencia Provincial se declaró que a los importes a indemnizar por la suscripción de preferentes y subordinadas (49.000 euros) «se les aplicara el interés legal desde las respectivas órdenes de suscripción hasta la fecha del canje» por acciones, 20 de junio de 2013.

Es decir, en la sentencia de la Audiencia, en cuanto a los intereses, se aplican las consecuencias jurídicas de la acción de anulabilidad (art. 1303 C. Civil) cuando la acción ejercitada fue la de indemnización de daños y perjuicios.

Esta sala, en sentencia 165/2018, de 22 de marzo, declaró:

«Tampoco cabía, como parece que hizo la Audiencia, aplicar los intereses legales a la cantidad invertida desde la fecha de la inversión, como si se tratara del efecto propio de la nulidad del negocio. Si se hubiera declarado la nulidad de la adquisición de las subordinadas, sí tendría sentido, conforme al art 1303 CC, ordenar la restitución de las cosas objeto del contrato con sus frutos (en este caso la subordinada y los rendimientos percibidos) y el precio con sus intereses (el capital invertido y los intereses devengados desde entonces). Pero, insistimos, la acción ejercitada no era de nulidad, sino de indemnización de daños y perjuicios».

En igual sentido la sentencia 754/2014, de 30 de diciembre». Se estima el recurso de casación.

5.- SENTENCIA 653/2018, DE 20 DE NOVIEMBRE, RECURSO DE CASACION. NUM.: 1557/2016

Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Votación y fallo: 07/11/2018

Materia: Contratos bancarios. Participaciones preferentes. Defecto de información. Se vendieron informando de que era un producto de renta fija.

«A la vista de esta doctrina jurisprudencia debemos declarar que:

1. Aún reconociendo la amplia experiencia inversora del demandante, fue calificado como minorista por la propia demandada.

2. Fue la propia demandada quien indujo a error al demandante cuando informó de que se trataba de un producto de «renta fija», cuando en realidad era un producto complejo, de carácter perpetuo, renta variable y sujeto al riesgo de pérdida de capital.

3. El amplio conocimiento de los fondos de inversión internacionales y de los productos estructurados, no justifica que se exonere al banco de su obligación de información veraz para con el cliente calificado por el banco de minorista.

4. Es reproable que se le ofrezca al cliente una información, cuando menos errónea, sobre la naturaleza pretendidamente conservadora del producto (renta fija) con potencialidad para provocar su decisión de contratar.

5. Por lo expuesto, procede acordar la nulidad del contrato, por concurrencia de error en el consentimiento (arts. 1300 y 1301 del C. Civil)». Se estima el recurso de casación.

6.- SENTENCIA 633/2018, DE 14 DE NOVIEMBRE, RECURSO DE CASACION. NUM.: 792/2016

Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

Votación y fallo: 07/10/2018

Materia: Defectos constructivos. Art. 1591 CC y Ley de Ordenación de la Edificación.

«Lo que pretende la parte recurrente es una especie de reconstrucción de todas las anomalías o incongruencias en que ha podido incurrir la sentencia, lo que no es posible tal y como se ha formulado el recurso de casación, en el que no se invoca la inaplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación ni se ha cuestionado el daño; daño que se ha reconducido en los dos motivos a una inaplicación de las normas del contrato, inexistente entre las partes, y por el que ha sido condenada la constructora con infracción del principio de relatividad que proclama el artículo 1257 del Código civil ya que mal pueden aplicarse los artículos 1101 y 1108, relativos al incumplimiento del contrato de obra que prevé el artículo 1544, y que es ley para las partes contratantes, según expresa el artículo 1091, cuando no ha habido contrato entre estas dos partes.

Sin embargo, el problema no es éste: la sentencia del juzgado y de la Audiencia Provincial han cambiado la causa de pedir y se ha fundado su condena en la responsabilidad decenal que contempla el artículo 1591 del Código civil y respecto a esta acción se ha seguido todo el proceso en ambas instancias, al llegar a la conclusión de que existe incumplimiento contractual al amparo de dicha norma y condenar a la empresa constructora, que no fue parte en el contrato de obra, lo que en sede de dicha acción es irrelevante cuando la condena viene determinada por defectos de construcción imputables a la constructora que intervino en la obra y estos defectos pueden hacerse valer con contrato o sin él al amparo del artículo 1591 del CC, como también recoge en la actualidad el artículo 17 de la LOE a cuyo tenor, «sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales las personas físicas o jurídicas que

intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división», de los daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos que la propia ley indica, «contados desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas».

TERCERO. - En consecuencia, asumiendo la instancia y entrando a conocer del fondo del asunto, se estima aplicable el artículo 1591 del Código civil y se impone la responsabilidad decenal a la constructora recurrente, por lo cual, no procede estimar el recurso de casación cuando se mantiene el fallo de la sentencia de instancia». Se desestima el recurso de casación.

7.- SENTENCIA 652/2018, DE 20 DE NOVIEMBRE, RECURSO DE CASACION. NUM.: 2675/2015

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

Votación y fallo: 07/11/2018

Materia: Contratos bancarios. Contratación de permuta financiera. Cumplimiento de los deberes de información y falta de asunción por parte de la entidad del compromiso de que el cliente no tendría pérdidas. No procede estimar la concurrencia de error vicio ni tampoco las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual.

«La parte pretende fundar un incumplimiento contractual de la demandada con el argumento de que el contrato debía integrarse con la obligación del Banco de cancelar el producto y ofrecer otro que no produjera liquidaciones negativas si el producto contratado le resultaba perjudicial. Fundamenta esta integración del contrato en la información precontractual que se le proporcionó y lo que argumenta es que se le prometió que si cambiaba la coyuntura económica se le ofrecería una reestructuración de forma tal que no tendría que pagar las liquidaciones negativas que resultaran del producto que contrataba. En definitiva, con invocación de la buena fe, se sostiene una interpretación de las obligaciones asumidas por la demandada que no resultan del contrato y que la sentencia recurrida, de manera razonable, a la vista del correo remitido por la entidad antes de contratar, rechazó. No es ilógica ni arbitraria la interpretación realizada por la Audiencia y, en consecuencia, se debe mantener. La Audiencia razona que la demandada informó sobre las características de los productos y dio a escoger al cliente, en un momento en que la tendencia de los tipos de interés era alcista. El que se pudiera reestructurar nuevamente el producto en el futuro no comporta la garantía al cliente de que no tendría pérdidas y que no tuviera que asumir las liquidaciones negativas del producto que se contrataba. En consecuencia, no puede hablarse de negligencia ni de incumplimiento del contrato por parte de la demandada». Se desestima el recurso de casación.

8.- SENTENCIA 637/2018, DE 19 DE NOVIEMBRE, RECURSO DE CASACION. NUM.: 936/2016

Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Votación y fallo: 31/10/2018

Materia: Obligaciones y contratos. Reclamación de cantidad. Lucro cesante por paralización de un vehículo a motor destinado a transporte de mercancías. Valor de los certificados gremiales.

«En este tipo de litigios suele ser la prueba del quantum el centro sobre el que gira el debate. Unas veces se acude, como solución para ello, a los certificados gremiales que las partes aportan al juicio, ya que ofrecen una idea genérica de las ganancias perdidas por la paralización del vehículo, con fundamento en estudios propios de las asociaciones o colegios profesionales.

Otras veces la solución pasa porque el perjudicado acredite, mediante la prueba más objetiva posible, las ganancias que ha dejado de obtener.

Esta segunda solución es la que la sentencia recurrida rechaza por falta de pruebas y lo motiva.

Pero como afirma la sentencia 48/2013, de 11 de febrero, en un caso similar de ausencia de pruebas que permitieran establecer de forma objetiva un perjuicio concreto que justificase el acogimiento de la pretensión, «ello no es argumento suficiente para negar una indemnización basada en la evidencia o curso normal de los acontecimientos que refiere constante jurisprudencia y que a la postre suponen no cargar exclusivamente sobre la víctima unos perjuicios difíciles de justificar en una actividad menor de un transporte que se contrata sin una previsión cierta y segura de su desarrollo.» [...] En los litigios sobre los que decidieron las sentencias que ponían fin a ellos, estas no negaron el lucro cesante postulado, sino que lo redujeron en el quantum, por entender que el certificado gremial sirve a título meramente indicativo y como simple principio de prueba para cuantificar el perjuicio, pero para su precisa cuantificación en la cantidad solicitada eran precisas unas pruebas más objetivas del caso concreto que la parte no aportó.

Se colige, pues, de la doctrina de la sala, que los certificados gremiales sobre el lucro cesante por paralización del vehículo por sí mismos no pueden ser considerados prueba del lucro, sino que debe acudir a otros medios de prueba que acrediten el mismo de forma más concreta.

Por tanto, y sería el caso, una vez probado que la perjudicada tuvo un vehículo paralizado y que lo destinaba a una actividad económica en la que en condiciones normales se habría obtenido un beneficio económico, la ausencia de pruebas concretas sobre ganancias determinadas, que suelen ser dificultosas a veces, no puede impedir la indemnización por lucro cesante, sino que deben ponderarse los datos existentes y fijar una cantidad prudencial.

Para ello, como referencia y no con carácter vinculante, sí pueden resultar útiles los certificados gremiales y los baremos que en ellos se aplican». Se estima el recurso de casación.

9.- SENTENCIA 654/2018, DE 20 DE NOVIEMBRE, RECURSO DE CASACION. NUM.: 1448/2018

Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana
Votación y fallo: 07/11/2018

Materia: Derecho de familia. Modificación de medidas. Guarda y custodia compartida.

«Esta Sala no ha negado que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que se adoptó judicialmente la medida, y siempre partiendo del interés del menor. Y es lo cierto que la sentencia relativiza los cambios producidos desde el convenio regulador hasta la fecha, haciendo prácticamente inviable la posibilidad de cambiar las medidas establecidas con evidente marginación en su motivación del interés y beneficio de la menor en el cambio de custodia interesado.

4.- Cambios ha habido desde entonces: la edad de la niña, su deseo de estar más tiempo con su padre o el mismo que con su madre y el progresivo cambio jurisprudencial de esta sala respecto a la modificación de medidas acordadas con anterioridad. Lo que hace la sentencia es petrificar la situación de la niña desde el momento del pacto, frente a una decidida voluntad de aumentar la relación con su padre, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido. Con frecuencia se olvida que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trata de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea, como con reiteración ha dicho esta sala desde la sentencia 257/2013, de 29 de abril.

5.- Entre estos criterios se deben tener en cuenta los deseos manifestados por los menores y el resultado de los informes exigidos legalmente, además de cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven, y es evidente que todos ellos apuntan la conveniencia de adoptar este sistema de guarda y custodia.

6.- La valoración del interés de la menor no ha quedado adecuadamente salvaguardado. La solución aplicada en la resolución recurrida no ha tenido en cuenta los parámetros necesarios, que aparecen como hechos probados, ni ha hecho la valoración jurídica necesaria». Se estima el recurso de casación.

10.- SENTENCIA 649/2018, DE 20 DE NOVIEMBRE, RECURSO DE CASACION. NUM.: 1208/2018

Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz
Votación y fallo: 30/10/2018

Materia: Obligaciones y contratos. Promesa de contrato de compraventa. No aplicación del art. 1504 CC.

«El punto 4.º del contrato, transcrito en el resumen de antecedentes, es un pacto de lex comisoria, al que hace mención la sentencia 364/2015, de 28 de junio:

«Hemos de considerar que una cosa es la condición resolutoria expresa, propia de las obligaciones condicionales (art. 1113, 1114, 1123) y otra la condición resolutoria tácita o implícita que confiere al acreedor el art. 1124 del C.C. pues esta tiene su origen en la ley y aquella en la voluntad de las partes.

»La tácita, a diferencia de la condición resolutoria propia, no actúa automáticamente sino que únicamente faculta a la otra parte para resolver el contrato. No obstante, ambos actúan con efecto retroactivo.

»Todo ello hace pensar a la doctrina científica que la facultad resolutoria tácita no tenga relación con las obligaciones condicionales ni por su origen ni por su mecanismo, concluyendo que nada justifica que el Código Civil incluya el artículo 1.124 en la sección relativa a las obligaciones condicionales.[...]

De ahí, que la resolución acordada sea correcta.

Respecto de las arras, aunque su calificación fuese discutible (sentencia de 24 de octubre de 2002), por compadecerse más con las penales que con las penitenciales, el efecto útil a la hora de confirmar la sentencia de primera instancia, por mor de lo pactado, es el mismo.

De todos modos, si por asumir la instancia calificáramos el contrato de compraventa y no de promesa de venta, correspondería, también, la desestimación de la demanda, por falta de efecto útil, pues no se puede pretender, que es lo realmente pretendido, la resolución del contrato por incumplimiento de la vendedora cuando es el propio incumplimiento de la actora compradora quien lo propicia, a saber, por la falta de pago del precio». Se estima el recurso de casación.

Noviembre 2018