

**TRIBUNAL SUPREMO
SALA PRIMERA**

GABINETE TÉCNICO



**SENTENCIAS FIRMADAS
DEL 8 AL 12 DE ABRIL DE 2019
SECCIÓN 1ª**

**D. Francisco Marín Castán
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 208/2019, DE 5 DE ABRIL, RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION. NUM.: 1146/2016

Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Votación y fallo: 13/03/2019

Materia: Responsabilidad civil extracontractual. Incendio forestal. Causalidad material. Causalidad jurídica: Imputación objetiva. Causalidad subjetiva. Imputación subjetiva. Carga de la prueba: Facilidad probatoria.

«La sentencia recurrida, según lo expuesto, ha ofrecido respuesta, que no contradice la doctrina de la sala, a la causalidad material o física y a la jurídica.

En este orden metodológico se ha de culminar con la cuestión de la imputación subjetiva.

La culpa se residencia en la idea de negligencia, pero no una negligencia cualquiera, pues se atenderá a las circunstancias del sector del tráfico o de la vida social en la que la conducta del agente se proyecta.

En materia de suministro de energía ha existido una fase más partidaria de establecer la responsabilidad por riesgo de la empresa eléctrica que organiza el tendido o la línea, con caracteres que venían a determinar una objetivación de responsabilidad (sentencia de 2 de abril de 1998 y 15 de diciembre de 1996, entre otras), a la que ha seguido otra en que, sin negar la existencia de riesgo, no lo considera tan extremo como para justificar la objetivación de la responsabilidad. [...] Sin embargo, y en contra de lo que sostiene la recurrente, la sentencia recurrida no se apoya en la inversión de la carga de la prueba, consecuencia de una objetivación de la responsabilidad, sino en la valoración de las pruebas practicadas, para alcanzar la convicción, según ya se expuso en el recurso extraordinario de infracción procesal, de que existió una deficiente instalación de los fusibles, esto es, una negligencia y, por ende, una imputación culposa.

Lo anterior no lo contradice que, en la razón 10.^a del fundamento de derecho tercero, acuda al expediente de la disponibilidad probatoria, como argumento de refuerzo.

La teoría de la proximidad o facilidad probatoria (también conocida como «teoría de las cargas probatorias dinámicas»), por virtud de la cual la carga de la prueba pesa sobre la parte que esté en mejores condiciones procesales de aportarla, ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo art. 217. 7, relativo a la carga de la prueba, se establece que «el tribunal debería tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio».

Por tanto, una cosa es que el perjudicado tenga la carga de probar la culpa del agente causante del daño, y otra que se acuda al paliativo de la facilidad probatoria, a fin de aliviar al perjudicado de su pesada carga, aminorando el rigor probatorio, pero sin que ello implique una inversión de la carga de la prueba ni una objetivación de la responsabilidad.

De ahí la afirmación de la sentencia recurrida de que esa disponibilidad probatoria correspondía a la recurrente, por ser la propietaria de la línea eléctrica y sobre venir el incendio en su esfera de control y dirección». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

2.- SENTENCIA 215/2019, DE 5 DE ABRIL, RECURSO DE CASACION. NUM.: 3683/2018
Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
Votación y fallo: 26/03/2019

Materia: Derecho de familia. Modificación de medidas. Cambio de circunstancias. Custodia compartida. Vivienda familiar.

«Como esta sala ha declarado en sentencia 31/2019 de 19 de diciembre, que cita las de 12 y 13 de abril de 2016, la modificación de medidas, tal como el cambio de sistema de custodia, exige un cambio "cierto" de las circunstancias y que se adopte en interés de los menores (artº 91 del C.Civil).

En el presente caso, dado que el menor contaba con meses cuando los progenitores rompieron su convivencia, que en la actualidad tiene siete años y que en anterior procedimiento ya se anunciaba la posibilidad de un cambio en el sistema de custodia, debemos concluir que se aprecia un cambio cierto y sustancial de las circunstancias concurrentes, como para posibilitar un cambio de custodia en interés del menor, unido ello al informe psicosocial favorable.

En este sentido, se ha de casar la sentencia recurrida al no tener en cuenta la doctrina jurisprudencial sobre cambio de medidas [...] Sobre el sistema de custodia compartida esta Sala ha declarado:

«[...] que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate 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" (STS 25 de abril 2014) [...] La sentencia recurrida, se aparta de la doctrina mencionada, sustentando su postura en datos inconsistentes, imprecisos e incompletos, limitándose a mencionar las bondades del mantenimiento del sistema de custodia sin contrastarlo con las posibilidades del solicitado, que aconsejaba el informe psicosocial.

QUINTO.- En cuanto a que los progenitores se alternen en la vivienda familiar, para que el niño no salga de la misma, es un sistema que impugna la parte recurrida y que no es compatible con la capacidad económica de los progenitores, que se verían obligados a mantener tres viviendas (la de cada uno y la común), unido a la conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común (artº 96 del C.Civil).

A la vista de ello, estimando el recurso de casación y asumiendo la instancia, se casa la sentencia recurrida y se confirma la sentencia de 27 de junio de 2017 (Proc. 463/2015) del JPI nº 2 de Motril, excepto en lo relativo a la residencia del menor, que habrá de ser en el domicilio de cada uno de los progenitores, en el período respectivamente atribuido.

En cuanto al destino de la vivienda familiar será el que las partes le den, de acuerdo con la naturaleza del bien». Se estima parcialmente el recurso de casación.

3.- SENTENCIA 214/2019, DE 5 DE ABRIL, RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION. NUM.: 3204/2016

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

Votación y fallo: 26/03/2019

Materia: Sucesiones. Ejercicio de acción dirigida a modificar o extinguir el acuerdo de conmutación del usufructo viudal por una renta vitalicia mediante la invocación de la regla «rebus sic stantibus». Improcedencia. Acuerdo transaccional alcanzado tras la fijación del inventario de bienes de la herencia y en el que se pacta a favor de la viuda y con cargo a los herederos el pago de una renta vitalicia actualizable garantizada mediante aval a primer requerimiento, hipoteca sobre un bien de la herencia y obligación los herederos de conservar bienes bastantes para hacer frente al pago de la renta.

«En el caso que da lugar al presente recurso de casación, partiendo de los hechos probados en la instancia, nos encontramos con que las partes (los hijos y herederos del causante, por un lado, y la viuda, por otro) convinieron, al amparo del art. 839 CC, la conmutación de la cuota legal usufructuaria por el pago de una renta vitalicia [...]

En virtud del acuerdo alcanzado con la viuda, los bienes que integraban la herencia (salvo la vivienda del causante, cuyo usufructo legó a la viuda, con independencia de la cuota viudal usufructuaria que legalmente le correspondía) quedaban libres del gravamen del usufructo puesto que, hasta su conmutación, todos los bienes de la herencia están afectos al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge (art. 839.II i.f. CC). De esta forma, los herederos podían administrar y explotar los bienes de la herencia y, en particular, la sociedad inmobiliaria, libres de la afección que suponía el usufructo de la viuda. A cambio, la viuda obtenía el derecho a una renta vitalicia, actualizable anualmente conforme al i.p.c.

De esta forma, la asignación de una renta vitalicia, para cuya cuantía las partes previsiblemente tendrían en cuenta la aleatoriedad de la mayor o menor duración de la vida de la usufructuaria, transformó la afección real de los bienes de la herencia en una obligación personal que, en el caso, quedó garantizada mediante la constitución de un aval bancario a primer requerimiento con vigencia de tres años y renovación sucesiva, una garantía real complementaria constituida sobre la vivienda usufrutuada por la viuda y la obligación de los herederos de conservar bienes bastantes para hacer frente a su pago. [...] Las partes pudieron establecer el derecho de la viuda a un porcentaje de los beneficios de la empresa, lo que le hubiera hecho partícipe en el riesgo de la explotación empresarial. Al no hacerlo así, y fijar el derecho a una renta vitalicia, actualizable con el i.p.c., los herederos asumieron el riesgo propio de la explotación empresarial y del mercado inmobiliario. En este sentido, esta sala no comparte el criterio de la sentencia recurrida y considera que, en el caso, no se ven las razones por las que deba desplazarse a la viuda el riesgo de la disminución de los rendimientos de la empresa inmobiliaria, riesgo que, al proceder del deterioro de la situación económica y a las variaciones del mercado, debe ser considerado como propio de la actividad empresarial de los deudores del pago de la renta». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y se estima el recurso de casación.

4.- SENTENCIA 216/2019, DE 5 DE ABRIL, RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION. NUM.: 3821/2016

Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Votación y fallo: 27/03/2019

Materia: Propiedad horizontal. Bajada del ascensor a la cota 0. Exención de gastos de mantenimiento, que no de instalación. Ausencia de proyecto.

«En el recurso de casación y ya en la demanda se alegaba por los dueños de los locales, que se había aprobado la bajada del ascensor a cota 0, sin proyecto alguno que definiese la obra a realizar, lo que constituía un manifiesto abuso de derecho (artº 18.1 c) de la LPH), en cuanto que como anunciaba la comunidad, pretendía ocupar parte del local de uno de los demandantes.

La ausencia del referido proyecto provocaba un acuerdo ausente de fundamentación, pues no se ofrecía a los comuneros información suficiente, y se desprotegía a los disidentes dejándolos indefensos, en cuanto no conocían los aspectos a impugnar de un proyecto que no existía.

Por todo ello, procede estimar el recurso de casación, y asumiendo la instancia anulamos el acuerdo de 17 de septiembre de 2014 de la comunidad de propietarios, en cuanto que se adoptó el acuerdo en manifiesto abuso de derecho, impidiendo que los demandantes pudiesen hacer uso de su legítimo de derecho de defensa, al ocultar la comunidad los términos en los que se iba a desarrollar la obra (no hubo proyecto), que previsiblemente podía afectar a los locales de los comuneros disidentes». Se estima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

5.- SENTENCIA 210/2019, DE 5 DE ABRIL, RECURSO DE CASACION. NUM.: 2996/2016

Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Votación y fallo: 19/03/2019

Materia: Contratos bancarios. Anulabilidad de compra de obligaciones subordinadas y contrato de adscripción de acciones.

«La sentencia recurrida retiene como dato relevante al efecto que el demandante tiene estudios empresariales y que es empresario, propietario de clínicas dentales, que gestiona a través de sociedades, así como que había desempeñado cargos de gestión administrativa en el hospital Gregorio Marañón.

Tiene sentado la sala (sentencia 51/2009, de 24 de enero) que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros, hasta el punto de no considerarse relevante que fuese asesor fiscal (sentencia 11/2017, de 13 de enero entre otras).

Por tanto ese dato del perfil del cliente es contrario a la doctrina de la sala.
5.- *De este modo todo se circunscribe a sus antecedentes en el ámbito financiero.*

Que hubiese adquirido acciones no es sintomático, pues no cabe calificar esa adquisición como inversión en producto financiero complejo.

Tampoco puede serlo el hecho de haber adquirido con anterioridad participaciones preferentes pues si a causa de la alarma mediática sobre el riesgo de ellas, acudió a la sucursal bancaria a fin de desprenderse de ellas, lo

que finalmente consiguió, a pesar de recibir inicialmente consejos en contra por parte del director, no tiene sentido que este le ofreciese obligaciones subordinadas, producto también complejo y de riesgo, cuando le constaba las reticencias del adquirente a riesgos de inversión.

Ni siquiera se le realizó un test de idoneidad.

6.- Por tanto, y por todo lo expuesto, se puede concluir que no medió una información transparente según la legislación citada y doctrina de la sala; por lo que el recurso ha de estimarse». Se estima el recurso de casación.

6.- SENTENCIA 205/2019, DE 4 DE ABRIL, RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION. NUM.: 3111/2016

Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Votación y fallo: 27/03/2019

Materia: Contratos bancarios. Efectos restitutorios de la nulidad de una cláusula suelo. Allanamiento de la parte recurrida a los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

«Allanada la parte recurrida a los recursos en los términos antes expuestos (esto es, a las pretensiones de la demanda), procede estimar el recurso por tener también el allanamiento relevancia en casación y, sin necesidad de examinar el recurso extraordinario por infracción procesal, casar la sentencia recurrida para, en su lugar, confirmar la sentencia de primera instancia salvo en la limitación de los efectos restitutorios derivados de la nulidad». Se estima el recurso de casación.

7.- SENTENCIA 222/2019, DE 10 DE ABRIL, RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION. NUM.: 2943/2016

Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Votación y fallo: 13/03/2019

Materia: Recurso extraordinario por infracción procesal. La inadmisibilidad del recurso de casación por interés casacional lleva consigo la inadmisión del recurso por infracción procesal.

«El recurso extraordinario por infracción procesal, formulado al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, contiene un único motivo que se funda en la infracción del artículo 24 CE, por la interpretación rigorista del artículo 458.2 LEC.

La parte demandada, al oponerse, alega como causa para no admitir dicho recurso por infracción procesal la propia inadmisibilidad del recurso de casación por interés casacional dado que el mismo se interpone al margen de la ratio decidendi de la sentencia impugnada puesto que la misma no ha entrado a conocer del fondo de la cuestión planteada en la apelación al rechazar ésta por razones puramente formales de carácter procesal.

Efectivamente, tal como solicita la parte recurrida, la aplicación al caso del régimen provisional, aún vigente, instaurado para los recursos extraordinarios ante esta sala por la Disposición Final 16.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, veda la posibilidad, al conocer de los recursos extraordinarios, de apreciar la existencia de posibles infracciones procesales en los casos en que, por las circunstancias del caso, únicamente sea posible el acceso a la casación por

interés casacional por la vía del artículo 477.2.3.º de la misma Ley. En tales casos, paradójicamente, para poder examinar la posible concurrencia de tales infracciones procesales resulta necesario que sea admisible el recurso de casación -referido al fondo- siendo así que tal admisión queda necesariamente excluida cuando la ratio decidendi de la sentencia no está en relación con el fondo del asunto -aplicación de normas sustantivas- como ocurre en aquellos casos -como el presente- en que el sentido de la sentencia responde exclusivamente a la aplicación de normas de carácter procesal, supuestos en que la existencia o no de infracciones de carácter sustantivo sería intrascendente.

Lo anterior determina que el recurso por infracción procesal, al resultar inadmisibile el de casación por no afectar en su formulación a la ratio decidendi, devenga igualmente inadmisibile, lo que da lugar ahora a su desestimación». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

8.- SENTENCIA 220/2019, DE 9 DE ABRIL, RECURSO DE CASACION. NUM.: 3700/2016

Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Votación y fallo: 02/04/2019

Materia: Contratos bancarios. Efectos de la declaración de nulidad de una cláusula suelo por falta de transparencia. Estimación del recurso de casación, interpuesto por solamente uno de varios demandantes, conforme a la jurisprudencia de esta sala posterior a la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo). Petición improcedente de la parte recurrida para que los efectos restitutorios se limiten de futuro hasta una escritura de novación.

«Correspondiéndose lo expuesto en el recurso con la doctrina de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) y con la jurisprudencia de esta sala posterior a la misma a partir de la sentencia de pleno 123/2017, de 24 de febrero, procede estimar el recurso y, en consecuencia, casar la sentencia recurrida para, en su lugar, con estimación del recurso de apelación interpuesto en su día por los hoy recurrentes D. Arturo Manuel López Gallego y D.ª María Dolores del Reino Gómez y desestimando el interpuesto por la entidad demandada, revocar la sentencia de primera instancia en su pronunciamiento relativo a los efectos restitutorios de la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas a los contratos suscritos por dichos demandantes y condenar a la demandada a devolverles la totalidad de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de aquellas desde la fecha de celebración de cada respectivo contrato de préstamo (como pidieron con carácter principal en su demanda, es decir, desde el 31 de octubre de 2002 y el 17 de octubre de 2005) más sus intereses legales desde la fecha de cada cobro (en este sentido, sentencias 626/2018, de 8 de noviembre, y 677/2018, de 29 de noviembre).

Por lo que se refiere a la petición de la parte recurrida de que los efectos restitutorios se limiten temporalmente de futuro hasta la novación de 11 de mayo de 2006, procede rechazarla por introducir una cuestión nueva en cuanto no planteada en su contestación a la demanda ni, una vez acordados ya los efectos restitutorios por la sentencia de primera instancia, en su recurso de apelación, de modo que su posición de parte recurrida ante esta sala le impide introducir peticiones que puedan perjudicar a la única parte recurrente empeorando su

situación respecto de lo que ya obtuvo en primera instancia y no se modificó en apelación». Se estima el recurso de casación.

Abril 2019.