



Roj: **STS 1110/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1110**

Id Cendoj: **28079110012018100160**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/03/2018**

Nº de Recurso: **1527/2015**

Nº de Resolución: **172/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 172/2018**

Fecha de sentencia: 23/03/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1527/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/03/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Jose **Vela Torres**

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE BARCELONA SECCION N. 1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1527/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Jose **Vela Torres**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 172/2018**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose **Vela Torres**

En Madrid, a 23 de marzo de 2018.



Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Banco Santander S.A., representado por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo, bajo la dirección letrada de D. Josep María Vallbona, contra la sentencia núm. 88/2015, de 4 de marzo, dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación núm. 192/2013, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 730/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 23 de Barcelona. Sobre cumplimiento de contrato de inversión. Han sido partes recurridas D. Ángel y Dª Camino, representados por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y bajo la dirección letrada de D. José Luis Vecilla Morillas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose **Vela Torres**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Ángel Joaniquet Ibarz, en nombre y representación de Banco Español de Crédito S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Ángel y contra D.ª Camino, en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que se condene solidariamente a los demandados al pago a mi mandante de la cantidad de OCHENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y UN EUROS CON TRECE CÉNTIMOS (89.871,13 €) más los intereses moratorios convencionales devengados desde la liquidación de la cuenta, a fecha 3 de agosto de 2010, calculados al tipo contractualmente pactado, y sin perjuicio de la posterior liquidación de los intereses moratorios convencionales que se devenguen desde la citada fecha hasta la fecha del completo pago de la deuda, y las costas que se devenguen en este procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 6 de mayo de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 23 de Barcelona, se registró con el n.º. 730/2011. Una vez admitida a trámite, se emplazó a los demandados.

3.- El procurador D. Alberto Ramentol Noria, en representación de D. Ángel y de D.ª Camino, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] dicte sentencia por la que, con desestimación íntegra de la demanda, se absuelva a mis representados de cuantos pedimentos en ella se contienen; en uno u otro caso con imposición de costas a la parte actora».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 23 de Barcelona dictó sentencia n.º 43/2012, de 6 de marzo, con la siguiente parte dispositiva:

«Estimando totalmente la demanda instada por el procurador d. ANGEL JOANIKUET IBARZ en representación de BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A. contra d. Ángel y dª Camino debo condenar y condeno solidariamente a los demandados, sin imposición de costas:

- A satisfacer al actor la cantidad de OCHENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y UN EUROS CON TRECE CENTIMOS (89.871,13 euros), además de los intereses moratorios convencionales devengados desde la liquidación de la cuenta, a fecha de 3 de agosto de 2010, calculados al tipo contractualmente pactado, y sin perjuicio de la posterior liquidación de los intereses moratorios convencionales que se devenguen desde la citada fecha hasta la fecha del completo pago de la deuda».

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Ángel y de D.ª Camino.

La representación de Banco Español de Crédito presentó escrito oponiéndose al recurso e impugnando la sentencia.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 192/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 4 de marzo de 2015, cuya parte dispositiva dispone:

«Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Ángel y Dña. Camino contra la sentencia de 6 de marzo de 2012 dictada por la Sra. Juez del juzgado de primera instancia número 23 de Barcelona que revocamos y en su lugar acordamos la desestimación de la demanda y la absolución de los demandados siendo de cargo de la actora las costas de la instancia y sin hacer expresa imposición en las de esta alzada».

### TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*



1.- El procurador D. Ángel Joaniquet Ibarz, en representación de Banco Santander S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«Único.- Al amparo del artículo 469.1.3º de la LEC, en relación con el artículo 408 de la LEC y la jurisprudencia que lo desarrolla, y que se cita en el presente motivo, respecto a la alegación de la nulidad del contrato de permuta financiera suscrito, al admitirse dicha alegación incluida en la contestación a la demanda cuando debía haberse formulado mediante reconvencción».

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- Interés casacional por la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencia del Tribunal Supremo concerniente a los requisitos necesarios para que pueda apreciarse la resolución contractual a tenor de lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil. Sentencias de 21 de marzo de 1994 (RJ 1994/2560), de 1 de octubre de 2009 (RJ 2009/7263), de 18 de julio de 2012 (RJ 2012/9332), y de 22 de octubre de 2013 (RJ 2013/7065), sobre los requisitos para resolver anticipadamente el contrato y la gravedad que debe tener el incumplimiento».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 22 de noviembre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de Banco de Santander, S.A., contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 4 de marzo de 2015, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1ª, en el rollo de apelación nº 192/2013, dimanante del juicio ordinario nº 730/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 23 de Barcelona».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 19 de febrero de 2018 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 14 de marzo de 2018, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 22 de febrero de 2007, Banco Español de Crédito S.A. (actualmente, Banco Santander S.A.) suscribió un contrato de permuta de tipos de interés con D. Ángel y Dña. Camino, con un nominal de un millón de euros, fecha de inicio el 28 de febrero de 2007 y vencimiento el 28 de febrero de 2012.

En la condición general segunda de dicho contrato se establecía la facultad de la entidad financiera de resolver anticipadamente el contrato si no había saldo suficiente en la cuenta bancaria asociada.

2.- El 3 de agosto de 2010, el banco hizo uso de dicha facultad y dio por vencida la operación, con un saldo a su favor de 89.871,13 €.

3.- El banco interpuso una demanda contra los Sres. Ángel e Camino en reclamación de dicha cantidad, que fue estimada por el juzgado de primera instancia.

4.- El recurso de apelación interpuesto por los demandados fue estimado por la Audiencia Provincial, por las siguientes y resumidas razones: (i) El banco demandante no dio a los clientes suficiente información sobre el producto financiero contratado. (ii) Este incumplimiento del deber de información impide al banco alegar el incumplimiento de los clientes y dar lugar a la resolución anticipada del contrato. Como consecuencia de lo cual, la Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda.

### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

#### **SEGUNDO.- Único motivo de infracción procesal. Necesidad de la reconvencción**

*Planteamiento :*

1.- El único motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.3º LEC, por infracción del art. 408 LEC, al haberse admitido la alegación de nulidad del contrato como causa de oposición a la demanda, cuando debería haberse formulado como reconvencción.



2.- En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que la Audiencia Provincial toma en consideración unas alegaciones de la parte demandada, relativas a la supuesta anulabilidad del contrato por error vicio del consentimiento, que deberían haberse articulado mediante reconvencción y no simplemente en la contestación a la demanda. Cita como infringidas las sentencias de esta sala 616/2012, de 23 de octubre , y 670/2013, de 29 de octubre .

*Decisión de la Sala :*

1.- Aunque como veremos al resolver el recurso de casación es cierto que la anulabilidad debe ejercitarse por vía de acción (demanda o reconvencción) y no de simple excepción ( sentencias de esta sala 837/1999, de 16 de octubre ; 1086/2001, de 26 de noviembre ; y 214/2005, de 31 de marzo ), en este caso no es suficiente para la estimación del motivo, porque el mismo tendría sentido si la sentencia recurrida hubiera declarado la nulidad del contrato cuya resolución acordó el banco como paso previo a la reclamación del saldo deudor. Pero la Audiencia Provincial no hace tal pronunciamiento, sino que considera que el banco no pudo dar por resuelto el contrato por incumplimiento de los clientes cuando lo había incumplido previamente.

2.- Del mismo modo, también es jurisprudencia de esta sala que la resolución del contrato ha de ser hecha valer por vía de acción, y no cabe su alegación como excepción, a no ser que se trate de una resolución convencional o ya declarada judicialmente ( sentencias de esta sala 1034/1994, de 19 de noviembre ; 978/1999, de 15 de noviembre ; 894/2000, de 6 de octubre ; y 95/2015, de 24 de febrero ).

3.- Pero la excepción de contrato no cumplido no requiere la formulación de una reconvencción, puesto que no se solicita una declaración de resolución por incumplimiento del contrario, sino simplemente que se declare la improcedencia de la resolución pretendida por el acreedor. Es decir, es un medio de defensa que puede oponerse en la contestación a la demanda, sin necesidad de reconvenir, de ahí su nombre de «excepción».

Cuestión diferente es que la alegación de incumplimiento contractual y no de nulidad sea suficiente para la desestimación de la demanda, pero ello es ajeno al recurso de infracción procesal, al referirse a la procedencia de la acción y se tratará al resolver el recurso de casación.

4.- Lo realmente sucedido es que, pese a que la parte demandada opuso en su demanda, aparte de la falta de legitimación pasiva de la Sra. Camino , la nulidad radical del contrato por error obstativo que provocó la falta de consentimiento y la anulabilidad por error vicio del consentimiento (alegación esta última que sí habría requerido la formulación de reconvencción), la Audiencia Provincial apreció una excepción de contrato no cumplido no alegada ni opuesta por la parte demandada. Como el recurso de infracción procesal no versa sobre dicha posible incongruencia de la sentencia, ningún pronunciamiento podemos hacer al respecto.

5.- En conclusión, más allá de una posible incongruencia no alegada y ciñéndonos al tenor del recurso, no cabe apreciar infracción del art. 408 LEC , porque la Audiencia Provincial no resuelve en función de unas alegaciones que deberían haberse formulado por vía de reconvencción, sino por una excepción de contrato no cumplido que sí puede articularse por esa vía. Por lo que el recurso extraordinario de infracción procesal debe ser desestimado.

### **Recurso de casación**

**TERCERO.-** *Improcedencia de la excepción de incumplimiento contractual previo cuando la oposición daría lugar a una acción de anulabilidad, no a una de resolución contractual*

*Planteamiento :*

1.- El único motivo de casación se formula por el cauce del art. 477.2.3º LEC y denuncia la infracción del art. 1124 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta. Cita como infringidas las sentencias de esta sala 237/1994, de 21 de marzo ; 643/2009, de 1 de octubre ; 485/2012, de 18 de julio ; y 657/2013, de 22 de octubre .

2.- Al desarrollar el motivo, se argumenta, resumidamente, que concurren todos los requisitos para que la entidad financiera pueda ejercitar la acción de resolución del contrato por incumplimiento, sin que sea oponible un pretendido incumplimiento de dicha entidad que, en todo caso, afectaría a la fase precontractual, pero no a la ejecución del contrato, y podría dar lugar a una acción de anulabilidad, pero no a que prospere la excepción de contrato no cumplido.

*Decisión de la Sala :*

1.- La excepción de contrato no cumplido ( *exceptio non adimpleti contractus* ) tiene su fundamento en la reciprocidad de las obligaciones, ya que deriva de su cumplimiento simultáneo, y constituye un remedio, basado en la equidad y la buena fe, para que el deudor de una obligación pueda negarse a cumplir aquello a lo que se obligó en tanto la contraparte no cumpla u ofrezca cumplir la prestación que a él le debe.



La jurisprudencia de esta sala, plasmada -por ejemplo- en las sentencias 294/2012, de 18 de mayo , y 89/2013, de 4 de marzo , explica el sentido de esta excepción en relación, primero, con la exigencia de cumplimiento y, después, con la resolución por incumplimiento del art. 1124 CC .

En primer lugar, se afirma que debe entenderse por cumplimiento de la obligación todo acto que comporte una exacta ejecución de la prestación debida reportando la satisfacción del interés del acreedor. Esta noción está relacionada con los requisitos de identidad e integridad de la prestación que establecen los arts. 1157 , 1166 y 1169 CC .

A su vez, en cuanto a la excepción de incumplimiento contractual, se trata de un medio de defensa que supone una negativa provisional al pago que suspende, o paraliza a su vez, la ejecución de la prestación a su cargo mientras la otra parte no cumpla con exactitud.

2.- Pues bien, sobre estas bases, ha de recordarse que en la sentencia de pleno 491/2017, de 13 de septiembre , con cita de otras varias, hemos mantenido que el incumplimiento de los deberes de información que, en contratos como el swap, competen a la entidad de servicios de inversión puede dar lugar a una acción de anulabilidad por error vicio del consentimiento, pero no a una acción de resolución contractual con base en el art. 1124 CC . Decíamos en esa sentencia:

«[...]aun cuando considerásemos que la entidad de servicios de inversión no cumplió debidamente sus deberes de información y que ello propició que la demandante no conociera los riesgos inherentes al producto que contrataba, un posible error en el consentimiento por déficit informativo podría dar lugar a la nulidad del contrato, conforme a los arts. 1265 , 1266 y 1301 CC . Pero lo que no procede es una acción de resolución del contrato por incumplimiento, en los términos del art. 1124 CC , dado que el incumplimiento, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato, mientras que aquí el defecto de asesoramiento habría afectado a la prestación del consentimiento. La vulneración de la normativa legal sobre el deber de información al cliente sobre el riesgo económico de la adquisición de participaciones preferentes puede causar un error en la prestación del consentimiento, o un daño derivado de tal incumplimiento, pero no determina un incumplimiento con eficacia resolutoria.

»Sin perjuicio de que la falta de información pueda producir una alteración en el proceso de formación de la voluntad que faculte a una de las partes para anular el contrato, lo cierto es que tal enfoque no se vincula con el incumplimiento de una obligación en el marco de una relación contractual de prestación de un servicio de inversión, sino que se conecta con la fase precontractual de formación de la voluntad previa a la celebración del contrato, e incide sobre la propia validez del mismo, por lo que el incumplimiento de este deber no puede tener efectos resolutorios respecto del contrato, ya que la resolución opera en una fase ulterior, cuando hay incumplimiento de una obligación contractual».

3.- En consecuencia, si el incumplimiento de los deberes de información no puede fundar una acción resolutoria, tampoco puede servir de fundamento a una excepción de contrato no cumplido. Además, por dicho incumplimiento el contrato no es nulo *per se* , sino que para anularlo habría que haber ejercitado por vía reconvenional la correspondiente acción de nulidad por error vicio del consentimiento, conforme a la jurisprudencia antes citada.

4.- Por lo que debe estimarse el recurso de casación, anularse la sentencia recurrida y, al asumir la instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto por los demandados y confirmar la sentencia dictada por el juzgado.

#### **CUARTO.- Costas y depósitos**

1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva que se deban imponer a la parte recurrente las costas causadas por el mismo, según determina el art. 398.1 LEC .

2.- La estimación del recurso de casación implica que no proceda hacer expresa imposición de las costas por él causadas, según previene el art. 398.2 LEC .

3.- A su vez, dicha estimación del recurso de casación supone la desestimación del recurso de apelación interpuesto por los demandados, por lo que deben imponérseles las costas de la apelación, a tenor del art. 398.1 LEC .

4.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos para los recursos extraordinario por infracción procesal y de apelación y la devolución del constituido para el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartados 8 y 9, LOPJ .

#### **FALLO**



Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º**- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Banco Santander S.A. contra la sentencia núm. 88/2015, de 4 de marzo, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 192/2013 .

**2.º**- Estimar el recurso de casación interpuesto por la misma entidad recurrente contra dicha sentencia, que casamos y anulamos.

**3.º**- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. Ángel y D.ª Camino contra la sentencia núm. 43/2012, de 6 de marzo, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Barcelona , en el juicio ordinario núm. 730/2011, que confirmamos.

**4.º**- Imponer a Banco Santander S.A. las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

**5.º**- Imponer a D. Ángel y D.ª Camino las costas causadas por el recurso de apelación.

**6.º**- No haber lugar a la imposición de las costas causadas por el recurso de casación.

**7.º**- Ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para el recurso extraordinario por infracción procesal y para el recurso de apelación y la devolución del constituido para el recurso de casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.