



Roj: **STS 1891/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1891**

Id Cendoj: **28079110012019100296**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/06/2019**

Nº de Recurso: **753/2017**

Nº de Resolución: **338/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MA 2476/2016,**  
**STS 1891/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 338/2019**

Fecha de sentencia: 12/06/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 753/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/06/2019

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MÁLAGA SECCION N. 5

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 753/2017

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 338/2019**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 12 de junio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Ana Llorens Pardo, bajo la dirección letrada de D. Agustín Palacios Muñoz, contra la sentencia núm. 538/2016, de 10 de noviembre, dictada por la Sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Málaga, en el recurso de apelación núm. 416/2014, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 2593/2009 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Fuengirola, sobre reclamación de cantidad. Ha sido parte recurrida Oikos Products International S.A., representada por el procurador D. José Antonio López-Espinosa Plaza y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Estrella Fernández Reyes.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- El procurador D. José Luis Rey Val, en nombre y representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra Oikos Products International S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"estimando íntegramente la demanda y por la que se condene a la demandada a abonar a mi representada la cantidad de **172.683,46 €(CIENTO SETENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES EUROS CON CUARENTA Y SEIS CÉNTIMOS)** en concepto de principal, más sus correspondientes intereses y con expresa condena en costas."

2.- La demanda fue presentada el 4 de diciembre de 2009 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Fuengirola, se registró con el núm. 2593/2009. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.<sup>a</sup> María Isabel Martín López, en representación de Oikos Products International S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

"[...] dicte sentencia absolviendo al demandado de todos y cada uno de los pedimentos de la demanda, con correlativa condena en costas a la parte demandante por aplicación del artículo 394 LEC ."

Igualmente formuló demanda reconvenional en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"1.- Se declare nulo y sin efecto alguno los contratos de Operación de Cobertura de fecha 11-5-2007, (denominado SWAP 1), Confirmación de Swap de fecha 5 de mayo de 2008, (denominado por la actora como Swap 2), así como del CMFO aportado como documento número 2 en cuanto a la remisión que a este se hace en función a los dos contratos anteriores. En su consecuencia, se declare la no procedencia de los cargos y abonos efectuados por BBVA en las cuentas asociadas a los anteriores contratos, así como no haber lugar liquidación alguna por Cancelación anticipada de los anteriores contratos.

"2.- Y en todo caso, se declaren nulas por oscuras y abusivas las relativas al **"DERECHO DE CANCELACIÓN ANTICIPADA"** (o declaración de vencimiento anticipado) señalado en el documento n.º 3 de la demanda (CMFO de 11 de mayo de 2007, SWAP 1), que como contrato marco afecta asimismo al SWAP 2 reflejado en el documentos de confirmación aportado por la demandante como documento n.º 14, y que ha dado lugar a la liquidación de contrario por valor de 6.811,92 € y 149.500,00 € respectivamente, declarando la improcedencia de dichos cargos.

"3.- Se impongan al demandante las costas causadas, al apreciarse en la actuación procesal del actor manifiesta temeridad y mala fe."

4.- Por auto de fecha 14 de marzo de 2012 se decretó el sobreseimiento de la reconvenición formulada por Oikos Products International S.A.

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Fuengirola dictó sentencia de fecha 31 de julio de 2012, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando íntegramente como estimo la demanda deducida por la Procuradora de los Tribunales Sra. Huéscar Durán en nombre y representación de BBVA, S.A., contra OIKOS PRODUCTS INTERNATIONAL, S.A. y desestimando la reconvenición que formula ésta última contra la primera,

"I.-) Condene a OIKOS PRODUCTS INTERNATIONAL, S.A., a abonar a BBVA, S.A., la suma de 172.683,46 euros incrementada en la que resulte de aplicarle el interés previsto en el art. 576 L.E.C .

"II.-) Absuelvo a BBVA, S.A., de todas las pretensiones deducidas en su contra.



"III.-) Impongo a OIKOS PRODUCTS INTERNATIONAL, S.A., las costas causadas en esta instancia, tanto con ocasión de la demanda como de la reconvención."

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el procurador D. Carlos Javier Blanco Rodríguez, en nombre y representación de Oikos Products International S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Málaga, que lo tramitó con el número de rollo 416/2014 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 10 de noviembre de 2016, cuya parte dispositiva dice:

"Se estima el recurso de apelación formulado por el Procurador Don Carlos Javier Blanco Rodríguez, en nombre y representación de la entidad OIKOS PRODUCTS INTERNATIONAL, S.A., contra la sentencia dictada en fecha 31 de julio de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de los de Fuengirola, en los Autos Civiles de Juicio Ordinario nº 2593/09, y en su consecuencia se revoca íntegramente la sentencia, cuyo fallo queda redactado del tenor literal siguiente:

"Se desestima íntegramente la demanda formulada por el Procurador Don José Luis Rey Val, en nombre y representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., contra la entidad OIKOS PRODUCTS INTERNATIONAL, S.A., y en su consecuencia, se absuelve a ésta de todos los pedimentos deducidos en su contra, imponiendo a aquella el abono de las costas procesales causadas".

Y todo ello, sin hacer especial imposición de las costas procesales originadas en esta alzada".

3.- Por auto de fecha 15 de diciembre de 2016, y, a instancia de la representación procesal de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., se rectificó la anterior sentencia en el sentido de hacer constar que el recurso de apelación fue interpuesto en fecha 26 de febrero de 2014 y no el 24 de febrero.

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

1.- El procurador D. Pedro Ballenilla Ros, en representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Único.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia ( art. 469.1.2º LEC ), al haber incurrido la misma en incongruencia "*extra petita opetitur*" en clara vulneración de los arts. 216 y 218 LEC, pues se fundamenta en una excepción de incumplimiento de contrato por parte de BBVA ("*exceptio non adimpleti contractus*" ) no articulada por la parte adversa en la instancia, con la consiguiente total falta de respeto al ámbito de discusión jurídica habida en dicha instancia que ha colocado a esta parte en total situación de indefensión ( art. 24 CE 9, al imposibilitarle argumentar y defender que el incumplimiento de contrato del artículo 1.124 CC se refiere a las obligaciones contractuales y no a las precontractuales o anteriores al nacimiento del contrato."

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Único.- La sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo respecto del art. 1.124 del Código Civil (en términos del art. 477.3 LEC), en cuanto no cabe calificar de incumplimiento contractual, en los términos de dicho precepto, la falta de información previa o precontractual."

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 13 de marzo de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 10 de noviembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.<sup>a</sup>, en el rollo de apelación n.º 416/2014, dimanante del juicio ordinario 2593/2009, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Fuengirola".

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 10 de mayo de 2019 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 5 de junio de 2019, en que ha tenido lugar.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.-** *Resumen de antecedentes*

1.- El 11 de mayo de 2007 y el 28 de abril de 2008, la compañía mercantil Oikos Products International S.A. (en adelante, Oikos) suscribió sendos contratos de permuta financiera con el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA), que arrojaron un saldo a favor de la entidad financiera de 172.683,46 €.

2.- BBVA interpuso una demanda contra Oikos, en la que solicitó la condena de la demandada al pago de la mencionada cantidad resultante de la liquidación de los contratos.

Oikos se opuso a la demanda y formuló reconvencción en la que solicitó la nulidad de ambos contratos. La reconvencción fue sobreseída, por no comparecer Oikos en la audiencia previa. El auto de sobreseimiento quedó firme.

3.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda y desestimó la reconvencción.

4.- Recurrída dicha sentencia por Oikos, la Audiencia Provincial consideró que había existido incumplimiento contractual por parte de la entidad financiera, en cuanto a sus deberes de información sobre la naturaleza y riesgos del producto, por lo que desestimó la demanda y absolvió a la demandada.

Previamente, la Audiencia Provincial había declarado que no podía pronunciarse sobre el posible error vicio del consentimiento, al haberse sobreseído dicha pretensión de la parte demandada/reconviniente.

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

#### **SEGUNDO.-** *Único motivo de infracción procesal. Incongruencia*

*Planteamiento :*

1.- El único motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.2º LEC y denuncia la infracción de los arts. 216 y 218 LEC , en relación con el art. 24 CE .

2.- En el desarrollo del motivo, argumenta la parte recurrente, de manera resumida, que la sentencia recurrida aprecia una excepción de contrato no cumplido [ *exceptio non adimpleti contractu* ] que no había sido alegada en la contestación a la demanda, por lo que la parte demandante no pudo defenderse de ella.

*Decisión de la Sala :*

1.- Como recordamos en la sentencia 435/2018, de 11 de julio , con cita de otras muchas, no cabe apreciar incongruencia porque la sentencia recurrida es absolutoria y, por regla general, las sentencias absolutorias no pueden incurrir en este defecto procesal.

En la sentencia 722/2015, de 21 de diciembre , recordamos la jurisprudencia al respecto:

"(...) es jurisprudencia que "las sentencias absolutorias no pueden ser por lo general incongruentes, pues resuelven sobre todo lo pedido, salvo que la desestimación de las pretensiones deducidas por las partes se hubiera debido a una alteración de la causa de pedir o a la estimación de una excepción no opuesta por aquellas ni aplicable de oficio por el juzgador" ( sentencias 476/2012, de 20 de julio , y 365/2013, de 6 de junio ). De tal forma que, como puntualiza esta última sentencia 365/2013, de 6 de junio , "la sentencia desestimatoria de la demanda es congruente salvo que ignore injustificadamente un allanamiento, la desestimación de la demanda principal venga determinada por la estimación de una reconvencción o una excepción no formuladas (en este último caso, salvo cuando sea apreciable de oficio), o pase por alto una admisión de hechos, expresa o tácita, realizada por el demandado"".

2.- De acuerdo con esta jurisprudencia, como no estamos ante una excepción a la reseñada regla general de que las sentencias absolutorias no pueden incurrir en incongruencia omisiva, no cabe apreciar esta infracción procesal. Cuestión distinta es que la parte recurrente no esté de acuerdo con las razones aducidas en la sentencia, lo que en su caso debería ser objeto del recurso de casación.

3.- En su virtud, el recurso extraordinario por 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 del recurso de casación denuncia la infracción del art. 1124 CC y cita como infringidas las sentencias de esta sala 479/2016, de 13 de julio ; y 615/2016, de 10 de octubre .



2.- En el desarrollo del recurso alega la parte recurrente, de manera resumida, que la única consecuencia jurídica posible que pudiera derivarse de un incumplimiento del deber legal de información en la comercialización de productos financieros complejos sería la anulabilidad del contrato por error vicio del consentimiento, pero que dicha falta de información no puede aducirse como razón para justificar el incumplimiento contractual del inversor.

*Decisión de la Sala :*

1.- La cuestión jurídica planteada en el recurso de casación fue resuelta por la sentencia 172/2018, de 23 de marzo , que declaró que, 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.

2.- Tal pronunciamiento tuvo su antecedente en las sentencias 479/2016, de 13 de julio y 491/2017, de 13 de septiembre (pleno), cuya doctrina ha sido reiterada en ulteriores sentencias (verbigracia, 172/2018, de 23 de marzo , y 62/2019, de 31 de enero ), que establecieron que, en la comercialización de los productos financieros complejos sujetos a la normativa MiFID, el incumplimiento de las obligaciones de información por parte de la entidad financiera podría dar lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, o a una acción de indemnización por incumplimiento contractual en lo referido a la relación de asesoramiento, pero no dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento.

3.- No obstante, en este caso nos encontramos en un estadio anterior a la improcedencia de la acción de resolución por dicho motivo, puesto que lo sucedido es que la acción de resolución no fue ejercitada, sino que la Audiencia Provincial apreció la excepción de contrato no cumplido para desestimar la demanda. La *exceptio non adimpleti contractu* permite una oposición temporal a la exigencia de cumplimiento del contrato por la otra parte, esto es, que mientras una parte no cumpla no puede pedir el cumplimiento de la contraria (por todas, sentencia 258/2019, de 7 de mayo , y las que en ella se citan). Pero cuando la prestación no es susceptible de cumplimiento tardío -y no lo es la de información previa o coetánea a la celebración del contrato- esta excepción no puede oponerse.

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 la entidad demandada 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 la demandada, 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 15ª, 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 Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. contra la sentencia núm. 538/2016, de 10 de noviembre, dictada por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, en el recurso de apelación n.º 416/2014 .

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 Oikos Products International S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Fuengirola, con fecha 31 de julio de 2012 , en el juicio ordinario núm. 2593/2009, que confirmamos.



4.º- Imponer a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

5.º- Imponer a Oikos Products International S.A. 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ