

La acción indemnizatoria fundada en la resolución hace precluir la misma acción de indemnización fundada en incumplimiento contractual

Desestimada la acción indemnizatoria fundada en la resolución del contrato, al amparo del artículo 1124 del Código Civil, precluye la posibilidad de ejercitar en un segundo proceso la acción indemnizatoria basada en el incumplimiento de obligaciones contractuales del artículo 1101 del mismo código cuando el *petitum* de ambas acciones es idéntico.

FAUSTINO JAVIER CORDÓN MORENO

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Navarra
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. La jurisprudencia sobre la preclusión regulada en el artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) es ya abundante y ha aclarado muchas de las dudas que plantea en la práctica. Sin embargo, esta doctrina no siempre ha sido bien entendida —o aplicada— por los tribunales de instancia, lo que ha dado lugar a sucesivas sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo hasta la actualidad que precisan el alcance de la institución y, en su caso, esclarecen los puntos negros —cada vez menos— que todavía existen en su aplicación.
2. La Sentencia del Tribunal Supremo 1731/2023, de 14 de diciembre (Recurso de infracción procesal núm. 4793/2021), es una de ellas. En el supuesto por ella resuelto, y en lo que a los efectos de la preclusión interesa, en el primer proceso se había ejercitado, al amparo del artículo 1124 del Código Civil, la acción de indemnización de daños y perjuicios complementaria de la resolución contractual y, en el segundo, seguido entre la mismas partes, una acción de indemnización de daños y perjuicios (con carácter subsidiario a la de nulidad contractual por ilicitud de la causa), al amparo del artículo 1101 del Código Civil, basada en el incumplimiento contractual de la parte demandada. En ambos procesos el importe de la indemnización solicitada coincidía con el saldo negativo de las liquidaciones de los contratos financieros (*swaps*), cuya resolución y nulidad se solicitaba, y los intereses devengados.

Tanto la acción resolutoria (en el primer proceso) como la de nulidad contractual (en el segundo) fueron desestimadas en la instancia; la segunda de ellas no accedió al Tribunal Supremo, ante el que sólo se planteó, mediante el recurso extraordinario por infracción procesal, la preclusión de la pretensión indemnizatoria formulada con carácter subsidiario. Las sentencias de instancia mantuvieron el mismo criterio sobre la inexistencia de cosa juzgada (por preclusión). A juicio de la Audiencia, «[l]os supuestos en los que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha apreciado la existencia de cosa juzgada parten siempre del ejercicio de acciones idénticas (la preclusión se refiere a los hechos y fundamentos jurídicos de la acción ejercitada). Por el contrario, no se apreció cosa juzgada, aun tratándose de los mismos hechos, cuando se ejercitaron acciones con presupuestos y consecuencias jurídicas distintas». Y, a partir de tal afirmación, concluye que no cabe apreciar la cosa juzgada invocada porque «no existe una identidad de objeto, exigido por el artículo 222.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que pueda existir cosa juzgada material en sentido negativo, pues en el primer proceso se juzgó la resolución del contrato, mientras que en el segundo se planteó la inexistencia o nulidad radical por causa falsa de los contratos *swaps* y una reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento contractual».

3. Interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, el Tribunal Supremo, centrando el problema de la preclusión exclusivamente en las acciones indemnizatorias, lo estima, aplicando la doctrina ya establecida en sentencias anteriores:

a) Aunque, conceptualmente, las acciones ejercitadas en ambos procesos son distintas, «la pretensión (el *petitum*) ejercitada en la primera, la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por las

demandantes como consecuencia de la concertación de las cuatro permutas financieras, coincide con la pretensión ejercitada en la segunda, en la que se solicita también la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la contratación de las cuatro permutas financieras. En ambos casos, en efecto, la petición de condena indemnizatoria coincide: la condena al banco a pagar a las demandantes el importe del saldo negativo de las liquidaciones de sus respectivos *swaps*, más los intereses legales».

b) Cuando se interpuso la primera demanda, esta misma pretensión indemnizatoria podía haberse fundado no sólo en la resolución de los contratos del artículo 1124 del Código Civil, sino también en el incumplimiento de obligaciones contractuales del artículo 1101 del Código Civil. Y «del texto del precepto [art. 400 LEC] se desprende que no pueden ejercitarse posteriores acciones basadas en distintos hechos, fundamentos o títulos jurídicos cuando lo que se pide es lo mismo que se solicitó anteriormente y cuando tales fundamentos, fácticos y jurídicos, pudieron ser esgrimidos en la primera demanda».

c) «Al limitarse únicamente a la primera *causa petendi*, la resolución de los contratos de permuta financiera por incumplimiento contractual, se produjo el efecto de la preclusión de alegaciones del artículo 400.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de esa otra causa de pedir, la fundada en la acción de incumplimiento de las obligaciones contractuales del artículo 1101 del Código Civil», porque, en definitiva, «lo decisivo o determinante es la pretensión, de modo que no se puede volver a reclamar lo ya reclamado en un litigio anterior, ni solicitar el cumplimiento de un mismo contrato por dos veces, pues

la finalidad de la cosa juzgada es impedir que un mismo litigio se reproduzca indefinidamente».

4. Como ya he dicho, la sentencia aplica la doctrina sobre la preclusión ex artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se contiene en una ya abundante jurisprudencia. Veamos algunas precisiones:

- a) El tenor literal del artículo 400.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es claro: entre ambos procesos, suponiendo la identidad subjetiva, debe existir identidad de *petitum* («lo que se pida»), pero diversidad de *causae petendi* («diferentes hechos» o «distintos fundamentos o títulos jurídicos»). Por ello, «el complejo supuesto que condiciona la aplicación de la sanción que el mismo establece [la cosa juzgada] se integra: a) por la realidad de dos demandas; b) por ser diferentes las causas de pedir alegadas en ellas, lo que puede deberse tanto a que lo sean sus elementos fácticos —“diferentes hechos”—, como normativos —“distintos fundamentos o títulos jurídicos”—; c) por haber podido ser alegada en la primera demanda la causa de pedir, en cualquiera de los aspectos de su doble vertiente, que fue reservada para el proceso ulterior —“resulten conocidos o puedan invocarse”—; y d) por haberse pedido lo mismo en las dos demandas» (véase la STS de 30 de marzo del 2011, RJ 2011\3134), si bien se ha precisado que no se requiere la identidad estricta entre pedimentos, sino que basta con su homogeneidad.
- b) Si partimos de que la causa de pedir es uno de los elementos que identifica la acción ejercitada, habrá que entender que, al ser diferente en ambos procesos según la sentencia antes citada, las acciones ejercitadas en ellos son también distin-

tas. Resultará, pues, que, conforme a tal interpretación, la preclusión se predicará de aquellas acciones que pudieron ejercitarse en el primer proceso y tengan un mismo *petitum* (o un *petitum* homogéneo), pero diferente causa de pedir que la ejercitada en él, mas no de aquellas otras en las que se pida algo diferente y que pudieron ser ejercitadas en el primer proceso (por el actor o por el demandado a través de la reconvencción) (véanse las SSTC 71/2010, de 18 de octubre, y 106/2013, de 6 de mayo). Esta interpretación es la acogida por la sentencia ahora analizada cuando recuerda que «del texto del precepto (400 LEC) se desprende que no pueden ejercitarse posteriores acciones basadas en distintos hechos, fundamentos o títulos jurídicos cuando lo que se pide es lo mismo que se solicitó anteriormente y cuando tales fundamentos, fácticos y jurídicos, pudieron ser esgrimidos en la primera demanda», de forma que «lo decisivo o determinante es la pretensión» (es decir, lo que se pide), que ha de ser idéntica (u homogénea) en ambos procesos. Y porque en ambos procesos se ejercitan acciones diferentes, se excluirá la preclusión cuando la ejercitada en el segundo proceso deba ser resuelta por un juez con competencia objetiva diferente. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo 423/2021, de 22 junio (RJ 2021\ 2967), en un supuesto en que se discutía si la sentencia firme desestimatoria dictada en un proceso en el que había ejercitado una acción social de responsabilidad contra el administrador en reclamación de cantidad por actos de disposición injustificados producía eficacia de cosa juzgada negativa (por preclusión) en un proceso ulterior en el que la sociedad, con fundamento en los mismos hechos, reclamaba al administrador la misma restitución de las cantidades indebidamente dispuestas, pero con

fundamento en el cobro de lo indebido, el enriquecimiento injusto y el abuso de derecho, no excluye que exista preclusión (ex art. 400 LEC) en el caso, pero no la aplica porque en el primer proceso no pudo acumularse, por falta de competencia objetiva, la acción ejercitada en el segundo.

En cambio, a juicio de la Audiencia, «[l]os supuestos en los que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha apreciado la existencia de cosa juzgada parten siempre del ejercicio de acciones idénticas». Lo que se vería afectado por la preclusión serían los fundamentos de hecho y de derecho de la acción ejercitada en el primer proceso que pudieron ser alegados en él y no lo fueron, de forma que no podrá ya ejercitarse la misma acción, con base en ellos, en un segundo proceso.

- c) En el caso, ciertamente, en ambos procesos se ejercitaron acciones indemnizatorias diferentes y el resultado económico (finalidad práctica) perseguido con ellas era el mismo (la condena de la parte demandada a pagar a las demandantes el importe del saldo negativo de las liquidaciones de sus respectivos contratos de permuta financiera, más los intereses legales). La cuestión que se plantea es si, a pesar de que concurra la identidad de petición indemnizatoria (de la finalidad práctica de las peticiones formuladas en ambos procesos), no es más razonable la apreciación de la Audiencia de que debe quedar excluida la aplicación del artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por el hecho de tratarse de dos acciones con presupuestos y efectos diferentes. Esta apreciación, por lo demás, encuentra su apoyo en la doctrina de la misma Sala Primera del Tribunal Supremo; por ejemplo, en sus sentencias de 30 diciembre del 2010, RJ 2011\1790

(«no se ha apreciado la cosa juzgada, aun tratándose de los mismos hechos, cuando se ejercitan acciones con presupuestos y consecuencias jurídicas distintas») y de 13 de diciembre del 2017, JUR 2017\312720 («la ley establece una verdadera preclusión en la alegación de hechos y fundamentos jurídicos que apoyan la acción, pero en forma alguna determina el objeto de la pretensión sobre la que ha de decidir exclusivamente el demandante. Extiende por ello la cosa juzgada material a todas las posibles causas de pedir con que pudiera contar el demandante en el momento de formular su demanda, pero únicamente respecto de la concreta pretensión que formula»).

En mi opinión, es claro que existirá preclusión cuando en el segundo proceso se ejercite la misma acción con idéntico *petitum*, pero con base en unos hechos y fundamentos jurídicos diferentes que pudieron alegarse en el primer proceso (la cosa juzgada se extiende a lo deducido y a lo deducible como fundamento de la acción ejercitada). Éste sería, según la Audiencia, el supuesto que prevé el artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cuando, por el contrario, las acciones sean diferentes en ambos procesos, tal circunstancia, en principio, es suficiente, a juicio de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre del 2017, antes citada, para que no se aplique la preclusión, ya que, siendo en ese caso la ejercitada en el segundo proceso una acción distinta, el demandante no estaba obligado a hacerla valer. Sin embargo, no siempre ello es así, y la sentencia ahora analizada es prueba de ello. A mi juicio, el criterio que se ha de tener en cuenta en tales casos (de diversidad de acciones con un mismo *petitum*) será el de «la irrepetibilidad de satisfacción» (Tapia Fernández), entendida no sólo en el sentido de que la satisfacción de la primera acción extingue la segunda, sino también

que vincula la solución de la segunda. Si tal criterio es aplicable, habrá preclusión y, en caso contrario, no, porque, como dijo la Sentencia del Tribunal Supremo 912/2012, de 9 de enero del 2013 (RJ 2013\1261), no es suficiente para aplicar la norma del artículo 400 que el interés último del demandante en ambos procesos sea el mismo; será necesaria la

identidad (u homogeneidad) de petición (o de satisfacción). Y, en el caso ahora analizado, me parece que tal identidad existe porque la indemnización pedida en el primer proceso tiene su fundamento en la resolución del contrato y ésta, a su vez, en el incumplimiento contractual, que sirvió de base a la acción ejercitada en el segundo proceso.