



Roj: **STS 3974/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3974**

Id Cendoj: **28079110012018100653**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/11/2018**

Nº de Recurso: **2134/2016**

Nº de Resolución: **678/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Z 963/2016,**
STS 3974/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 678/2018

Fecha de sentencia: 29/11/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2134/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2134/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 678/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 29 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia 263/2016, de 4 de mayo, dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 395/2015 del Juzgado de Primera Instancia 1 de Zaragoza, sobre nulidad contractual.

El recurso fue interpuesto por Novo Banco S.A. sucursal en España, representada por el procurador D. Jorge Deleito García y bajo la dirección letrada de D. Antonio Fernández de Hoyos.

Son partes recurridas D.^a Ascension , D.^a Begoña y D.^a Benita , representadas por el procurador D. José Andrés Peralta de la Torre y bajo la dirección letrada de D. Sebastián Auger Nebot.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.^a Ivana Dehesa Ibarra, en nombre y representación de D.^a Ascension , D.^a Begoña y D.^a Benita , interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Espirito Santo S.A. sucursal en España, en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] que contenga los pronunciamientos siguientes:

" a) Se declare la nulidad del contrato y de la orden de compra del contrato financiero atípico sobre acciones de Telefónica y de Banco Santander (CFA), objeto del presente procedimiento y, en consecuencia: (i) se proceda a la recíproca restitución de las prestaciones, condenando a Banco Espirito Santo, S.A., Sucursal en España a restituir a la parte actora la cantidad invertida de cincuenta mil euros (50.000,00.-€) más los intereses legales desde la fecha del contrato hasta la fecha de sentencia, con devolución de mis mandantes a la demandada de los 3700 títulos (y sus dividendos, en su caso) de los que son titulares más el importe recibido en concepto de cupón; (ii) con expresa condena en costas.

" b) Subsidiariamente, en el negado supuesto de que no se considerase acreditada la anterior pretensión (i) se declare la resolución del contrato y de la orden de compra del contrato financiero atípico sobre acciones de Telefónica y de Banco Santander (CFA), objeto del presente procedimiento, por incumplimiento del deber de información de la entidad financiera y, declarada la resolución del contrato; (ii) se condene a la demandada a abonar a la parte actora la cantidad de cincuenta mil euros (50.000,00.-€) en concepto de indemnización por daños y perjuicios derivados de la contratación del producto, con devolución de mis mandantes a la demandada de los 3700 títulos (y sus dividendos en su caso) de los que son titulares más el importe recibido en concepto de cupón; (iii) más los intereses legales del principal desde el momento de la presentación de la demanda hasta la fecha de sentencia; (iv) con expresa condena en costas".

2.- La demanda fue presentada el 30 de abril de 2015 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia 1 de Zaragoza, fue registrada con el núm. 395/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a Pilar Cabeza Irigoyen, en representación de Novo Banco S.A. Sucursal en España, contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Zaragoza, dictó sentencia 13/2016, de 28 de enero, con la siguiente parte dispositiva:

"Estimo la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Dehesa Ibarra, en representación de D.^a Ascension , D.^a Begoña y D.^a Benita , contra la mercantil Banco Espirito Santo, Sucursal en España, y por ello,

" 1º. Se declara la resolución del contrato y de la orden de compra del contrato financiero atípico sobre acciones de Telefónica y de Banco Santander.

" 2º. Se condena a la demandada a abonar a la parte actora la cantidad de cincuenta mil euros (50.000 euros) en concepto de indemnización por daños y perjuicios derivados de la contratación del producto, con devolución por las demandantes a la demandada de los 3.700 títulos (y sus dividendos, en su caso) de los que son titulares más el importe recibido en concepto de cupón; más los intereses legales del principal desde el momento de la presentación de la demanda hasta la fecha de sentencia.

" 3º. A pagar las costas procesales a la parte demandada".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Novo Banco S.A. sucursal en España. La representación de D.^a Ascension , D.^a Begoña y D.^a Benita se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que lo tramitó con el número de rollo 162/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 263/2016, de 4 de mayo, en la que desestimó el recurso y condenó al apelante al pago de las costas.

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

1.- La procuradora D.^a Pilar Cabeza Irigoyen, en representación de Novo Banco S.A. sucursal en España, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Incardinable en el apartado 4º del artículo 469.1 LEC, por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, al incurrir la sentencia impugnada en un error patente en la interpretación del artículo 10 LEC, en relación con la legitimación pasiva de Novo Banco Sucursal, de conformidad con las Decisiones de 3 y 11 de agosto de 2014 y de 29 de diciembre de 2015 del Consejo de Administración del Banco de Portugal como autoridad pública competente para determinar y aplicar, dentro del proceso de reestructuración y resolución de BES, las medidas de resolución más adecuadas y fijar su alcance".

"Segundo.- Incardinable en el apartado 4º del artículo 469.1 LEC, por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE, al incurrir la sentencia impugnada en un error patente en la valoración de la declaración testifical de don Ceferino , en relación con el cumplimiento de la obligación de informar sobre los riesgos que conllevaba la inversión y, en particular, sobre el riesgo de pérdida del capital invertido".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del apartado 1 del artículo 477 LEC, con fundamento en la infracción del apartado 3 del artículo 2 CC y del artículo 79.1.e) de la Ley del Mercado de Valores en su redacción anterior a la reforma operada por la citada Ley 47/2007, de 17 de diciembre de 2007, así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que establece la imposibilidad de aplicación retroactiva de las normas relativas al deber de las empresas de servicios de inversión de calificar a sus clientes en profesionales o minoristas para medir la experiencia y conocimientos que tienen al tomar sus decisiones de inversión, a los efectos de determinar las obligaciones de información precontractual que corresponde a la empresa de servicios de inversión, respecto de operaciones de inversión ejecutadas con anterioridad a la entrada en vigor de la modificación de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del mercado de valores, operada por la Ley 47/2007, de 17 de diciembre de 2007".

"Segundo.- Al amparo del apartado 1 del artículo 477 LEC, con fundamento en la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que requiere para el correcto ejercicio de la acción resolutoria que concurra un incumplimiento grave de la principal obligación contractual. Infracción del artículo 1.124 CC en relación con el artículo 244 del Código de Comercio".

"Tercero.- Al amparo del apartado 1 del artículo 477 LEC, con fundamento en la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha declarado que el defecto de información precontractual puede dar lugar a un error vicio del consentimiento y determinar, como efecto, la anulación del contrato, no su resolución por incumplimiento. Infracción de los arts. 1266 y 1300 CC".

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 esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 13 de junio de 2018, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- D.^a Ascension , D.^a Begoña y D.^a Benita se opusieron a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 22 de noviembre de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso

1.- D.^a Ascension , D.^a Begoña y D.^a Benita interpusieron el 30 de abril de 2015 una demanda contra Banco Espirito Santo S.A. Sucursal en España en la que, como pretensión principal, solicitaron que se declarara la nulidad del contrato y de la orden de compra del contrato financiero atípico sobre acciones de Telefónica y

de Banco Santander (CFA) suscrito el 16 de octubre de 2007 con base en el art. 6.3 del Código Civil, pues la actuación del banco demandado, en lo relativo a la información que proporcionó a las demandantes, suponía una infracción de normas imperativas que determinaban la nulidad del negocio jurídico. Subsidiariamente, pidieron la resolución del contrato y de la orden de compra del contrato financiero atípico sobre acciones de Telefónica y de Banco Santander (CFA) objeto del procedimiento, por incumplimiento del deber de información de la entidad financiera. En ambos casos solicitaban que se condenara al banco demandado a pagarles los 50.000 euros que invirtieron en dicho contrato y las demandantes devolverían al banco demandado las 3.700 acciones que recibieron a la finalización del contrato, sus dividendos y lo percibido en concepto de cupón.

El contrato en cuestión consistía en un bono estructurado, referenciado en acciones de Telefónica y Banco de Santander, cuyo precio fue de 50.000 euros, y a su vencimiento las demandantes recibieron acciones del Banco de Santander valoradas en 20.283,40 euros, lo que tuvo lugar el 16 de noviembre de 2012.

2.- El emplazamiento se llevó a cabo en la oficina de Zaragoza que ocupaba Banco Espirito Santo S.A. Sucursal en España, que fue donde se concertó el contrato, y que en ese momento era ocupada por Novo Banco S.A. Sucursal en España.

3.- Novo Banco S.A. Sucursal en España se personó en el procedimiento y contestó a la demanda. Además de oponerse a la declaración de nulidad del contrato y a la resolución por incumplimiento porque se había suministrado a las demandantes la información exigible, formuló la excepción de falta de legitimación pasiva de Novo Banco S.A. Sucursal en España.

Alegó que no se había producido una sucesión universal entre Banco Espirito Santo S.A. Sucursal en España y Novo Banco S.A. Sucursal en España, ya que en las decisiones de 3 y 11 de agosto de 2014 del Banco de Portugal se acordó la medida de resolución de Banco Espirito Santo S.A., iniciándose su proceso de liquidación, la creación de Novo Banco S.A. con el carácter de "entidad puente" y la transmisión parcial del negocio del primero al segundo banco, y se determinaron los activos, pasivos y responsabilidades que se transmitían de Banco Espirito Santo S.A. a Novo Banco S.A. Entre los pasivos excluidos de esta transmisión se encontraban las responsabilidades o contingencias derivadas de fraude o de violación de disposiciones o decisiones reguladoras, penales o administrativas. Por tanto, la responsabilidad que se exigía en la demanda no había sido traspasada a Novo Banco.

4.- El Juzgado de Primera Instancia desestimó la excepción de falta de legitimación pasiva en la audiencia previa y documentó tal desestimación en un auto de 14 de octubre de 2015, que fue confirmado por otro de 5 de diciembre de 2015, que desestimó el recurso de reposición formulado por Novo Banco S.A. Sucursal en España.

En su posterior sentencia, dictada el 28 de enero de 2016, el Juzgado de Primera Instancia desestimó la acción de nulidad ejercitada con carácter principal. Razonó que la infracción de las normas que regulan el deber de información de las empresas de inversión no determina la nulidad del contrato con base en el art. 6.3 del Código Civil. Pero estimó la acción de resolución del contrato porque el banco demandado había incumplido el deber de informar a los clientes sobre los riesgos que conllevaba la inversión, con carácter previo a la celebración del contrato.

5.- Novo Banco S.A. Sucursal en España presentó un escrito, fechado el mismo día en que se dictó la sentencia, en el que comunicaba al juzgado que el Banco de Portugal había dictado una nueva decisión el 29 de diciembre de 2015 en la que se establecían nuevas precisiones sobre los pasivos transmitidos y se declaraba que cualquier responsabilidad derivada de ese concreto procedimiento, que identificaba con su número y el juzgado en que se tramitaba, no había sido transferida de Banco Espirito Santo S.A. a Novo Banco S.A.

6.- Novo Banco S.A. Sucursal en España apeló la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación pues hizo suyos, en lo fundamental, los razonamientos contenidos en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

7.- Novo Banco S.A. Sucursal en España ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, que basa en dos motivos, y recurso de casación, que basa en tres motivos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Formulación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal*

1.- En la formulación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, por el cauce del art. 469.1.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Novo Banco S.A. Sucursal en España denuncia la "vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, al incurrir la sentencia impugnada en un error patente en la interpretación del artículo 10 LEC, en relación con la legitimación pasiva de Novo Banco Sucursal, de conformidad con las Decisiones de 3 y 11 de agosto de 2014 y de 29 de diciembre



de 2015 del Consejo de Administración del Banco de Portugal como autoridad pública competente para determinar y aplicar, dentro del proceso de reestructuración y resolución de BES, las medidas de resolución más adecuadas y fijar su alcance".

2.- La infracción se habría producido porque el fallo contra Novo Banco S.A. Sucursal en España ha venido determinado por la errónea valoración e interpretación de las decisiones de 3 y 11 de agosto de 2014 y de 29 de diciembre de 2015 del Consejo de Administración del Banco de Portugal (autoridad pública competente para determinar y aplicar las medidas de resolución en el proceso de reestructuración y resolución de Banco Espírito Santo S.A.) pues, conforme a estas decisiones, la responsabilidad de Banco Espírito Santo S.A. derivada del contrato celebrado con las demandantes no habría sido transferida a Novo Banco S.A., al tratarse de uno de los "pasivos excluidos" en dichas decisiones.

TERCERO.- Decisión del tribunal: transmisión a Novo Banco S.A. de las responsabilidades de Banco Espírito Santo S.A. derivadas de los incumplimientos contractuales

1.- Los términos en que se ha tratado la legitimación pasiva en este proceso provocan cierta perplejidad.

Pese a que la demanda se dirigía contra Banco Espírito Santo S.A. Sucursal en España, y es esta entidad la que aparece mencionada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia como demandada, en el encabezamiento, y como condenada, en el fallo, y asimismo aparece identificada como apelante en la sentencia de la Audiencia Provincial, los términos en que se ha desarrollado la actuación de las partes y de los tribunales de primera y segunda instancia parecen dar por supuesto que la condenada ha sido Novo Banco S.A. Sucursal en España, que se personó como parte demandada y cuya excepción de falta de legitimación pasiva fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia ("Que DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO LA EXCEPCIÓN de falta de legitimación pasiva opuesta por la representación procesal de la mercantil Novo Banco S.A., Sucursal en España", declara literalmente la parte dispositiva del auto dictado por el juzgado).

Asimismo, fue Novo Banco S.A. Sucursal en España quien apeló la sentencia de primera instancia y quien ha interpuesto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia de apelación.

En la argumentación de este motivo del recurso extraordinario por infracción procesal que dedica a la cuestión de la legitimación pasiva, Novo Banco S.A. Sucursal en España asume en todo momento que ella ha sido la entidad demandada y condenada en las sentencias de primera y segunda instancia (habla literalmente del "fallo contra NOVO BANCO SUCURSAL"), por lo que habría sido incorrectamente condenada pues carecía de legitimación pasiva al no haberle transmitido Banco Espírito Santo S.A. la responsabilidad exigida por las demandantes.

2.- La única solución que puede darse a esta situación, para resolver el motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, es considerar que ha comparecido como parte demandada y ha sido condenada Novo Banco S.A. Sucursal en España, y de ahí su gravamen y su consiguiente legitimación para interponer los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal y de casación.

3.- Banco Espírito Santo S.A. es un banco portugués que venía realizando en nuestro país la actividad que constituye su objeto social mediante la creación de una sucursal en España, posibilidad que prevé el art. 12 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, así como la normativa anterior derogada por dicha ley.

4.- Debido a su situación de insolvencia, el Banco de Portugal inició un proceso de reestructuración y resolución de Banco Espírito Santo S.A. mediante una decisión de su Consejo de Administración adoptada el 3 de agosto de 2014, modificada por otra decisión de 11 de agosto de 2014 cuya finalidad era aclarar y ajustar el perímetro de lo transmitido a Novo Banco S.A.

5.- En el seno de este proceso, en el que Banco Espírito Santo S.A. entró en liquidación, se creó una nueva entidad, Novo Banco S.A., como "entidad puente", a la que se transmitió una parte sustancial del patrimonio de Banco Espírito Santo. La decisión del Banco de Portugal contenía un anexo en el que se detallaban los activos y los pasivos del Banco Espírito Santo S.A. que se transmitían a Novo Banco S.A. En dicho anexo, tal como quedó redactado por la decisión de 11 de agosto de 2014, se establecía:

"b) Las responsabilidades del BES frente a terceros que constituyan pasivos o elementos extrapatrimoniales de aquel serán transmitidos en su totalidad a Novo Banco con excepción de los siguientes ("Pasivos Excluidos"):
[...]

" (v) Cualesquiera responsabilidades o contingencias, en particular las derivadas de fraude o de violación de disposiciones o decisiones reguladoras, penales o administrativas. [...]



" En cuanto atañe a las responsabilidades de BES que no serán objeto de transmisión, éstas permanecerán en la esfera jurídica de BES".

6.- A la vista de los términos en que se redactó la decisión del Banco de Portugal, y dado que, tal como ha quedado planteado el litigio tras las sentencias de primera y segunda instancia, la única acción sobre la que versa el recurso interpuesto ante este tribunal es la de resolución por incumplimiento contractual, no puede estimarse que el pasivo que supondría la estimación de dicha acción haya sido excluido de la transmisión operada entre Banco Espirito Santo S.A. y Novo Banco S.A., puesto que no se trata de una responsabilidad derivada de fraude o de violación de disposiciones o decisiones reguladoras, penales o administrativas, sino que derivaría del incumplimiento contractual por parte de Banco Espirito Santo S.A.

7.- El subapartado v ha de interpretarse conjuntamente con el enunciado del apartado b del anexo de la decisión, transcritos ambos en el punto 5 de este fundamento, de modo que la regla general es la contenida en el enunciado general ("[l]as responsabilidades del BES frente a terceros que constituyan pasivos o elementos extrapatrimoniales de aquel serán transmitidos en su totalidad a Novo Banco") y el contenido del subapartado v constituye una excepción. Por tal razón, no puede considerarse que las responsabilidades o contingencias de Banco Espirito Santo S.A. que se mencionan como excluidas de la transmisión sean todas en las que hubiera podido incurrir Banco Espirito Santo S.A., sino solo las expresamente señaladas en ese subapartado v, que son "las derivadas de fraude o de violación de disposiciones o decisiones reguladoras, penales o administrativas", lo que no es el caso de las responsabilidades derivadas del incumplimiento del contrato celebrado con el cliente.

Por tanto, no es preciso decidir sobre la virtualidad que tiene la mención en la decisión del Banco de Portugal a la exclusión, en la transmisión operada de Banco Espirito Santo S.A. a Novo Banco S.A. de la responsabilidad derivada de fraude o de violación de disposiciones o decisiones reguladoras, penales o administrativas, pues la responsabilidad que se reclama en la acción que ha accedido al recurso de casación queda fuera del ámbito de dicha exclusión.

8.- En lo que se refiere a la decisión del Banco de Portugal de 29 de diciembre de 2015, en la que se excluirían de la transmisión operada entre Banco Espirito Santo S.A. y Novo Banco S.A. las responsabilidades objeto de este procedimiento, no puede admitirse que una decisión administrativa adoptada cuando el litigio ya estaba iniciado y que fue comunicada al juzgado mediante escrito fechado el mismo día en que este dictó la sentencia, pueda alterar los términos en los que había quedado fijado el litigio al inicio del mismo. Frente a la excepción opuesta en su contestación a la demanda, la legitimación pasiva de Novo Banco S.A. Sucursal en España había sido fijada por el auto de 14 de octubre de 2015, confirmado por otro de 5 de diciembre de 2015, dictados por el Juzgado de Primera Instancia antes de que el Banco de Portugal adoptara la decisión de 29 de diciembre de 2015.

9.- Debe tenerse en cuenta que la propia Directiva 2001/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito (modificada por la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014), en cuya transposición se dictó la normativa que sirvió de base a las decisiones del Banco de Portugal, prevé en su art. 10.2 que la legislación del Estado miembro de origen determinará los efectos del procedimiento de liquidación sobre los procedimientos judiciales particulares "con excepción de los procesos en curso".

10.- Sin perjuicio de lo expuesto, debe precisarse, ante las alegaciones que sobre este particular formulan las recurridas, que la cuestión planteada sobre la transmisión de pasivos operada entre Banco Espirito Santo S.A. y Novo Banco S.A. es diferente a la que fue resuelta por la sentencia del pleno de este tribunal 652/2017, de 29 de noviembre, y en las posteriores sentencias 54/2018 y 55/2018, ambas de 1 de febrero, y 257/2018, de 26 de abril, sobre la transmisión del negocio bancario de Bankpime a CaixaBank. Mientras que en este último caso la transmisión se produjo mediante un contrato celebrado entre ambas entidades, cuyos efectos frente a terceros venían determinados por la naturaleza contractual del título transmisivo, en el caso de Banco Espirito Santo S.A. y Novo Banco S.A. esa transmisión se ha producido por decisiones de la autoridad administrativa del Estado miembro de origen responsable de la liquidación, única competente para decidir sobre la incoación de un procedimiento de liquidación relativo a una entidad de crédito, incluidas las sucursales establecidas en otros Estados miembros, cuya decisión de incoar el procedimiento de liquidación en el Estado miembro de origen se reconocerá sin más formalidades en el territorio de todos los demás Estados miembros y surtirá efectos en ellos al mismo tiempo que en el Estado miembro de incoación del procedimiento, conforme prevé el art. 9 de la Directiva 2001/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito y 19 de la Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito.



11.- Con base en los razonamientos expuestos, el motivo del recurso debe ser desestimado, sin necesidad de abordar otras cuestiones problemáticas que pueden plantearse respecto de las decisiones del Banco de Portugal alegadas por la recurrente como fundamento de su impugnación, por no ser relevantes en el caso objeto del recurso.

CUARTO.- *Formulación del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal*

1.- En el encabezamiento de este motivo, por el cauce del apartado 4.º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la vulneración del art. 24 de la Constitución. El banco recurrente alega que la sentencia impugnada incurre en un error patente en la valoración de la declaración testifical de D. Ceferino .

2.- En el desarrollo del motivo se razona que el testigo afirmó que cumplió la obligación de informar a las demandantes sobre los riesgos que conllevaba la inversión y, en particular, sobre el riesgo de pérdida del capital invertido, sin que la sentencia lo haya tenido en cuenta.

QUINTO.- *Decisión del tribunal: improcedencia de impugnar la valoración de la prueba*

1.- El motivo no puede ser estimado. Las normas de valoración de la prueba testifical no son idóneas para sustentar un motivo impugnación por ser de libre valoración, salvo supuestos de arbitrariedad o error patente (sentencias 746/2009, de 13 de noviembre; 215/2013 bis, de 8 de abril; 246/2016, de 13 de abril).

2.- No puede considerarse arbitrario ni constitutivo de un error patente que el tribunal de instancia no dé credibilidad a la declaración de quien había sido el empleado del banco que debió dar cumplimiento a las normas sobre información a la clientela. La simple disconformidad de la parte con la valoración de la prueba testifical, incluso el hecho de que la valoración pudiera haber sido otra, no convierte en arbitraria o patentemente errónea la realizada por el tribunal de apelación.

Recurso de casación

SEXTO.- *Formulación del primer motivo*

1.- En el encabezamiento del motivo se denuncia la infracción del art. 2.3 del Código Civil y del art. 79.1.e) de la Ley del Mercado de Valores en su redacción anterior a la reforma operada por la citada Ley 47/2007, de 17 de diciembre de 2007, así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que establece la imposibilidad de aplicación retroactiva de las normas relativas al deber de las empresas de servicios de inversión de calificar a sus clientes en profesionales o minoristas, respecto de operaciones de inversión ejecutadas con anterioridad a la entrada en vigor de la modificación de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del mercado de valores, operada por la Ley 47/2007, de 17 de diciembre.

2.- La infracción se habría producido porque el Juzgado de Primera Instancia, cuya sentencia fue asumida en cuanto a sus argumentos y confirmada en cuanto a su fallo por la Audiencia Provincial, aplicó la normativa resultante de la transposición de la Directiva MiFID al considerar que las demandantes eran "unas clientes minoristas, no profesionales, con un carácter enteramente conservador a la hora de realizar su inversión", cuando el contrato cuestionado es anterior a la entrada en vigor de dicha normativa, en la que se preveía esa distinción entre clientes minoristas y clientes profesionales.

SÉPTIMO.- *Decisión del tribunal: desestimación del motivo*

1.- El banco recurrente pretende, de modo artificioso, convertir lo que es una mera imprecisión de la sentencia recurrida en una infracción legal consistente en la aplicación retroactiva de una normativa que no estaba en vigor cuando se celebró el contrato.

2.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, cuyos argumentos son asumidos por la Audiencia Provincial, en su fundamento tercero, afirma expresamente que la normativa aplicable para resolver el litigio es la anterior a la transposición de la Directiva MiFID, y en concreto, aplica el Real Decreto 629/1993, que transcribía parcialmente. Y declara que también la normativa anterior a la transposición de la Directiva MiFID otorgaba una especial importancia a la información que las empresas del mercado de valores debían suministrar a sus clientes. Son, en definitiva, los criterios y exigencias establecidos en esta normativa los que aplica para resolver el litigio.

3.- Que en vez de utilizar la expresión "cliente no experto" en productos financieros como el contratado, u otra similar, hable de "cliente minorista" no es más que una imprecisión que, pese a no ser afortunada, carece por sí sola de trascendencia.

OCTAVO.- *Formulación de los motivos segundo y tercero del recurso de casación*

1.- En el encabezamiento del segundo motivo se alega la infracción del art. 1124 del Código Civil en relación con el artículo 244 del Código de Comercio y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que requiere para el



correcto ejercicio de la acción resolutoria que concurra un incumplimiento grave de la principal obligación contractual.

2.- En el desarrollo de este motivo se argumenta que la infracción se habría cometido porque la resolución del contrato se ha fundado en el incumplimiento por Banco Espirito Santo de la obligación precontractual de informar a los clientes de la naturaleza y características de la inversión que iban a adquirir.

3.- En el encabezamiento del tercer y último motivo del recurso de casación se denuncia la infracción de los arts. 1266 y 1300 del Código Civil y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que los desarrolla.

4.- En el desarrollo del motivo se argumenta que la falta de información precontractual puede dar lugar a un error vicio del consentimiento y determinar, como efecto, la anulación del contrato, pero no su resolución por incumplimiento.

NOVENO.- *Decisión del tribunal: la infracción de los deberes de informar sobre la naturaleza y riesgos del producto antes de su contratación no puede fundar una pretensión de resolución del contrato*

1.- En la sentencia, del pleno de este tribunal, 491/2017, de 13 de septiembre, se declaró que la falta de información sobre los riesgos en la contratación de un producto financiero complejo puede dar lugar a una acción de anulación del contrato por error vicio (cuya consecuencia es la recíproca restitución de las prestaciones en los términos previstos en el art. 1303 del Código Civil) o a una acción de indemnización por daños y perjuicios (arts. 1101 y 1106 del Código Civil), pero no puede servir de base a una acción de resolución contractual, ya que para que esta última pueda prosperar, el incumplimiento, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato, mientras que el defectuoso asesoramiento o la inadecuada información habría afectado a la prestación del consentimiento, es decir, opera en la fase precontractual y afecta a la formación de la voluntad contractual, mientras que la resolución operaría en una fase ulterior, la del desarrollo del contrato. Tal doctrina ha sido mantenida en sentencias posteriores, como es el caso de las sentencias 172/2018, de 23 de marzo, y 466/2018, de 19 de julio.

2.- No puede atenderse la alegación de la recurrida en el sentido de que la resolución también se basó en el incumplimiento de los deberes de información posteriores a la celebración del contrato, pues Banco Espirito Santo S.A. Sucursal en España no advirtió a las demandantes de la evolución desfavorable del producto para que pudieran venderlo.

3.- En primer lugar, la decisión del Juzgado de Primera Instancia se basa en el incumplimiento de los deberes de información sobre la naturaleza y los riesgos del producto, que son anteriores a la celebración del contrato.

4.- En segundo lugar, no puede afirmarse que el banco incumpliera ningún deber de información con posterioridad a la celebración del contrato, en concreto, el de informar sobre la posibilidad de vender el producto de forma anticipada a la vista de la evolución que estaba teniendo. En los estadillos enviados a las clientes constaba la bajada de valor del producto contratado. Y no puede afirmarse, porque no existe base para ello, que el banco pudiera haber conocido el mejor momento para vender el producto y que pudiera haber aconsejado de un modo razonable la venta del producto para que las pérdidas de los clientes no se agravaran.

5.- En esta clase de productos es perfectamente posible la existencia de altibajos en su valor, por lo que una bajada no excluye necesariamente que el valor pueda recuperarse. Consta en los estadillos que durante la vigencia del producto hubo momentos en que el valor del producto fue inferior incluso al importe que las demandantes obtuvieron cuando se canceló el bono estructurado, por lo que, si lo hubieran vendido en ese momento, sus pérdidas hubieran sido incluso mayores.

6.- Lo expuesto determina que el recurso de casación deba ser estimado y que la sentencia de la Audiencia Provincial deba ser casada para estimar el recurso de apelación y desestimar plenamente la demanda.

DÉCIMO.- *Costas y depósitos*

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación y procede condenar a la recurrente al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de apelación, al resultar estimado. Y procede condenar a las demandantes a las costas de primera instancia, al resultar desestimada la demanda.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación y se acuerda la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartados 8 y 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.



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 y estimar el recurso de casación interpuesto por Novo Banco S.A. Sucursal en España contra la sentencia 263/2016, de 4 de mayo, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en el recurso de apelación núm. 162/2016.

2.º- Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y, en su lugar, acordamos estimar el recurso interpuesto por Novo Banco S.A. Sucursal en España contra la sentencia 13/2016, de 28 de enero, del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Zaragoza, que revocamos y, en su lugar, desestimamos plenamente la demanda interpuesta por D.ª Ascension , D.ª Begoña y D.ª Benita contra Banco Espirito Santo S.A. Sucursal en España.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación y condenar a Novo Banco S.A. Sucursal en España al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal. No hacer expresa imposición de las costas del recurso de apelación. Condenar a D.ª Ascension , D.ª Begoña y D.ª Benita al pago de las costas de primera instancia.

4.º- Devolver al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso de casación y acordar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.