



Roj: **STS 405/2018 - ECLI:ES:TS:2018:405**

Id Cendoj: **28079110012018100070**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/02/2018**

Nº de Recurso: **1619/2016**

Nº de Resolución: **71/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 451/2016,**  
**STS 405/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 71/2018**

Fecha de sentencia: 13/02/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1619/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 31/01/2018

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE VALENCIA SECCION N. 11

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

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1619/2016

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. 71/2018**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 13 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D. Nazario y D.<sup>a</sup> Concepción , representados por la procuradora D.<sup>a</sup> María José Rodríguez Teijeiro, bajo la dirección letrada de D. Javier Gómez Boluda, contra la sentencia núm. 64/2016, de 29 de febrero, dictada por la Sección 11.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 402/2015 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 568/2014, del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Valencia. Sobre nulidad de adquisición de productos financieros. Ha sido parte recurrida Caixabank S.A, representada por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter y bajo la dirección letrada de D. Ignacio Benejam Peretó

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- El procurador D. Rafael Francisco Alario Mont, en nombre y representación de D. Nazario y de D.<sup>a</sup> Concepción , interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixabank S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que estimando íntegramente la demanda formulada:

»1º.- DECLARE la nulidad de las operaciones de suscripción de los instrumentos financieros de inversión así denominados (I) Bonos Lehman Brothers por un importe nominal de 20.000? y fecha 28/04/2005; (II) Valores "Kaupting Bank 6,25%" según Orden de Compra de fecha 17/04/2006 por un importe nominal de 12.000? y (III) Valores "Kaupting Bank 6,75% ", según Orden de fecha 09/04/2008 por un importe nominal de 10.000?, así como de cuantos otros fuera necesario para anular la eficacia de cuanto aquí se pretende, por infracción del artículo 1261 C.c. y por contravención de normas legales imperativas ex artículo 6.3 Código Civil , condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración.

»2º.- Subsidiariamente a la petición anterior, DECLARE la nulidad de las operaciones de suscripción de los instrumentos financieros de inversión así denominados (I) Bonos Lehman Brothers por un importe nominal de 20.000? y fecha 28/04/2005; (II) Valores "Kaupting Bank 6,25%" según orden de Compra de fecha 17/04/2006 por un importe nominal de 12.000? y (III) Valores "Kaupting Bank 6,75%" según Orden de Compra de fecha 09/04/2008 por un importe nominal de 10.000 ? , así como de cuantos otros fuera necesario para anular la eficacia de cuanto aquí se pretende, por vicio en el consentimiento por error ex artículos 1265 y 1266 del Código Civil .

»3ª.- Subsidiariamente a la petición anterior y para el caso de que no se aprecie por su Señoría la nulidad esta parte solicita se DECLARE la resolución contractual de la suscripción de los instrumentos financieros de inversión así denominados (I) Bonos Lehman Brothers por un importe nominal de 20.000? y fecha 28/04/2005; (II) Valores "Kaupting Bank 6,25%" según orden de Compra de fecha 17/04/2006 por un importe nominal de 12.000? y (III) Valores "Kaupting Bank 6,75%" según Orden de Compra de fecha 09/04/2008 por un importe nominal de 10.000 ? , así como de cuantos otros fuera necesario para acoger la pretensión que se solicita al amparo de lo dispuesto en el artículo 1124 Código Civil .

»4º.- Y subsidiariamente a las peticiones anteriores, DECLARE la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones ex artículo 1101 Código Civil e infracción de los deberes de información, asesoramiento, buena fe y buena praxis bancaria como consecuencia de la suscripción de los instrumentos financieros de inversión así denominados (I) Bonos Lehman Brothers por un importe nominal de 20.000? y de fecha 28/04/2005; (II) Valores "Kaupting Bank 6,25%" según orden de Compra de fecha 17/04/2006 por un importe nominal de 12.000? y (III) Valores "Kaupting Bank 6,75%" según Orden de Compra de fecha 09/04/2008 por un importe nominal de 10.000 ? , así como de cuantos otros fuera necesario para acoger la pretensión que se solicita.

»5º.- En cualquier de los casos (declaración de nulidad o estimación de la resolución y/o responsabilidad por incumplimiento), condene a la demandada a abonar a mis poderdantes los intereses legales desde la fecha de la suscripción de cada uno de los contratos/órdenes, previa detracción de los cupones o liquidaciones percibidas como consecuencia de la suscripción de los mismos, y a partir de la sentencia, el interés legal incrementado en dos puntos, importes que se determinarán en fase de ejecución de sentencia.

»6º.- Condene igualmente a la demandada al pago de las costas de este procedimiento, con su expresa imposición».

2.- La demanda fue presentada el 14 de abril de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Valencia, se registró con el n.º 568/2014. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.



**3.-** La procuradora D.<sup>a</sup> Elena Gil Bayo, en representación de Caixabank S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]dicte Sentencia por la que se acuerde desestimar íntegramente la demanda ejercitada de contrario frente a mi representada, absolviéndola de cuantos pedimentos se contienen en la misma, y ello con expresa imposición de costas a la parte actora».

**4.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez, en funciones de apoyo, del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Valencia dictó sentencia n.º 75/2015, de 20 de marzo, con la siguiente parte dispositiva:

«Que apreciando la falta de legitimación pasiva respecto a la entidad Caixabank S.A., debo desestimar y desestimo la demanda formulada por Nazario y Concepción. Y todo ello, sin que proceda efectuar expresa condena en costas a ninguna de las partes; por lo que cada una de ellas abonará las causadas a su instancia, y las comunes por mitad».

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

**1.-** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Nazario y D.<sup>a</sup> Concepción.

**2.-** La resolución de este recurso correspondió a la Sección 11.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 402/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 29 de febrero de 2016, cuya parte dispositiva dice:

«PRIMERO.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Rafael-Francisco Alario Mont, en nombre y representación de don Nazario y de doña Concepción, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Once de Valencia el 20 de marzo de 2015 en el Juicio Ordinario 568/2014.

SEGUNDO.- Confirmar íntegramente dicha resolución.

TERCERO.- E imponer al apelante las costas de esta alzada».

**3.-** Por auto de fecha 22 de marzo 2016 se rectificó un error material del fallo de la anterior sentencia, a fin de hacer constar que no se imponen las costas de esta alzada al apelante.

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

**1.-** El procurador D. Rafael Francisco Alario Mont, en representación de D. Celso y D.<sup>a</sup> Concepción, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«Al amparo del artículo 469.1.4º LEC, se denuncia vulneración del artículo 10 LEC por la estimación de la excepción de falta de legitimación pasiva de CAIXABANK».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción de los artículos 1255, 1257 y 1113 del Código Civil. Al amparo del artículo 477.2.3º en relación con el artículo 477.3º ambos de la LEC, concurriendo interés Casacional. El elemento de interés casacional que concurre es la infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la imposibilidad de entender excluida una parte de un contrato cedido cuyas obligaciones sinalagmáticas se encuentran pendientes de cumplimiento, Así como excluir una parte del contrato cedido sin que prestes su consentimiento una parte implicada en el negocio originario. Las sentencias del Tribunal Supremo a las que se opone la sentencia recurrida son la Sentencia de 19 de septiembre de 2002, la de nueve de julio de 2003 y la STS de 9 de diciembre de 1.997. Asimismo entendemos vulnerado el artículo 7.1 del Código Civil en relación con la doctrina de los actos propios determinada por el Tribunal Supremo.

»Segundo.- Infracción de los artículos 1255 y 1257 del Código Civil. Al amparo del artículo 477.2.3º en relación con el artículo 477.3º, ambos de la LEC, concurriendo interés casacional. El elemento de interés casacional que concurre es la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales respecto de la legitimación pasiva de CAIXABANK».

**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 5 de julio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:



«Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de D. Celso y D.<sup>a</sup> Concepción contra la sentencia dictada, en fecha 29 de febrero de 2016, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación núm. 402/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 568/2014 del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Valencia».

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 13 de diciembre de 2017 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 31 de enero de 2018, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- El 28 de abril de 2005, D. Nazario y D.<sup>a</sup> Concepción suscribieron con el Banco de la Pequeña y Mediana Empresa S.A. (Bankpime) una orden de compra de bonos junior de Lehman Brothers, por importe de 20.000 ?.

El 12 de abril de 2006 y el 9 de abril de 2009, los mismos compradores adquirieron de la misma entidad valores de Kaupthing Bank, por importe total de 22.000 ?.

2.- A consecuencia de la quiebra de las entidades emisoras de los productos financieros antes indicados, los Sres. Celso y Concepción perdieron sus inversiones.

3.- El 1 de diciembre de 2011 se elevó a escritura pública el «contrato de compraventa de negocio bancario», suscrito el 29 de septiembre de ese mismo año, por el que Bankpime transmitió a Caixabank S.A. (en lo sucesivo, Caixabank) «su negocio bancario como unidad económica» (cláusula primera).

En el contrato, las partes acordaron que el comprador adquiriría únicamente los elementos patrimoniales que conformaban el negocio bancario de Bankpime, incluyendo la intermediación de valores, depositaría y custodia, así como su gestora de fondos, «sin sucesión universal».

Bajo la rúbrica «cesión del negocio transmitido», en la cláusula segunda se relacionaron los activos y pasivos transmitidos. Se estipuló que «el Vendedor cederá al Comprador los contratos y las operaciones relacionadas con el Negocio Transmitido, que los asumirá en los términos establecidos en este Contrato». Y bajo la rúbrica «cesión del negocio de depositaría, custodia, intermediación de valores, gestión discrecional de carteras y otras actividades relacionadas con el negocio transmitido», se acordó lo siguiente:

«El Vendedor cederá al Comprador, que asumirá en virtud de tal cesión, la posición contractual del primero, el negocio de depositaría, custodia, intermediación de valores, gestión discrecional de carteras y todas aquellas otras actividades relacionadas o derivadas del Negocio Transmitido, incluida la llevanza del registro contable de las acciones emitidas por la propia Bankpime».

En la cláusula cuarta del contrato se estableció:

«El comprador no asumirá ni adquirirá ningún pasivo del vendedor distinto de los expresamente asumidos en la Cláusula 2.2 anterior. En particular, se excluyen de la operación contemplada en el presente Contrato y constituyen pasivos retenidos por el Vendedor y no transmitidos al Comprador los pasivos contingentes tales como reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes o futuras que puedan derivarse de la actividad del Vendedor pasada o futura. [...]

»El Vendedor mantendrá indemne al Comprador por los daños y perjuicios que pudiera sufrir como consecuencia de los pasivos no cedidos».

En el contrato se hizo constar que la declaración de Bankpime en el sentido de que con el precio recibido y los activos no bancarios que no se transmitían, la entidad cedente, Bankpime, quedaba con recursos suficientes para hacer frente a los pasivos remanentes (expositivo iv).

Tras la firma y elevación a escritura pública del contrato, previa aprobación en la junta general de la sociedad vendedora, Bankpime pasó a denominarse Ipme 2012 S.A., renunció a la autorización para operar como entidad de crédito y fue dada de baja en el Registro de Bancos y Banqueros a finales de 2012, tras lo cual entró en concurso, en el que se abrió la fase de liquidación al no aprobarse el convenio.

4.- Los Sres. Celso y Concepción interpusieron una demanda contra Caixabank, en la que solicitaron que se declarasen nulos los contratos de adquisición de los bonos y valores antes indicados y se condenara a la



demandada a la devolución de las cantidades invertidas, previa deducción de los intereses cobrados por los demandantes. Subsidiariamente, se ejercitó una acción de resolución de los mencionados contratos.

5.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, al apreciar la falta de legitimación pasiva de CaixaBank.

6.- Los demandantes interpusieron recurso de apelación contra dicha sentencia, que fue desestimado por la Audiencia Provincial.

### **Recurso extraordinario de infracción procesal.**

**SEGUNDO.-** *Único motivo de infracción procesal. Legitimación pasiva de CaixaBank*

*Planteamiento:*

1.- El único motivo de infracción procesal planteado por los Sres. Celso y Concepción se formula al amparo del art. 469.1.4º LEC, por infracción del art. 10 LEC.

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que el contrato entre Bankpime y CaixaBank supuso una cesión global de todos los contratos suscritos por la primera entidad. Así como que la relación contractual entre los adquirentes de los productos financieros y la entidad comercializadora no quedó agotada ni consumada con la ejecución de la orden de compra, ya que se asumieron otra serie de obligaciones, como la remuneración por la tenencia del producto o el asesoramiento posterior.

*Decisión de la Sala:*

1.- La cuestión que se plantea en este motivo de infracción procesal ha sido resuelta por la sentencia del pleno de esta sala 652/2017, de 29 de noviembre, en la que declaramos la ineficacia frente a los clientes de la exención de los «pasivos contingentes» en la transmisión del negocio bancario de Bankpime a CaixaBank.

Dijimos en dicha resolución que la interpretación de la cláusula que postula CaixaBank, que permitiría considerar que se le transmitió el negocio bancario y los contratos celebrados en el desarrollo de dicho negocio, pero no la responsabilidad frente a los clientes contratantes, es fraudulenta, puesto que defrauda los legítimos derechos del cliente bancario a la protección de su posición contractual en un caso de transmisión del negocio bancario como unidad económica. Máxime en un caso como este, en que el cedente se desprendió por completo de su negocio bancario y casi sin solución de continuidad, renunció a la autorización para operar como entidad de crédito y entró en concurso, que terminó en liquidación, al no aprobarse el convenio.

2.- Al haberse producido, en virtud del negocio jurídico celebrado entre CaixaBank y Bankpime, la cesión global de los contratos celebrados por Bankpime con sus clientes como elemento integrante de la transmisión del negocio bancario, como unidad económica, de una a otra entidad, la transmisión de la posición jurídica que el cedente tenía en los contratos celebrados con los clientes en el desenvolvimiento del negocio bancario transmitido ha de considerarse plena. De aceptarse la tesis de CaixaBank, se llegaría al absurdo de que, aun cuando la transmisión del negocio bancario fue global, algunas relaciones jurídicas con algunos clientes que pasaron a ser de CaixaBank, retornarían a Bankpime por el solo hecho de resultar conflictivas o inconvenientes para CaixaBank, y ello en virtud de una cláusula oculta para esos mismos clientes y pese a haber dejado de operar Bankpime en el negocio bancario.

Por ello, frente a estos clientes, carece de eficacia la previsión de que no resultan transmitidos los «pasivos contingentes» consistentes en «reclamaciones contractuales [...] futuras que puedan derivarse de la actividad del vendedor [...]».

3.- Debemos insistir en la necesidad de protección de la confianza legítima generada en sus clientes por la actuación de Bankpime y CaixaBank. La operación celebrada entre ambos se presentó a los clientes como una transmisión del negocio bancario (como efectivamente había sido), con cesión incluso de oficinas y personal, pues así se les comunicó y así se desprendía de los signos externos apreciables por los clientes (mismas oficinas, mismos empleados). Sobre cuya apariencia, los clientes tenían derecho a confiar en que no se limitaría su derecho a ejercitar frente al nuevo titular del negocio bancario las acciones basadas en el desenvolvimiento del negocio bancario anterior al momento en que se produjo tal transmisión.

Esta transmisión del negocio bancario de una a otra entidad fue comunicada a los clientes sin informarles sobre las pretendidas limitaciones que CaixaBank invoca. Las cláusulas del contrato celebrado entre Bankpime y CaixaBank en las que este pretende fundar las limitaciones que impedirían a los clientes ejercitar contra él las acciones derivadas de los contratos enmarcados en el negocio bancario transmitido, eran desconocidas para los clientes de Bankpime que pasaron a serlo de CaixaBank con base en la transmisión operada.





**4.-** En consecuencia, concluimos en la indicada sentencia de pleno que, conforme a los arts. 1255 y 1257 CC, el contrato de cesión celebrado entre Bankpime y Caixabank debe ser interpretado en el sentido de que aquel quedaba obligado a dejar a ésta indemne por las reclamaciones que le formularan los clientes que en su día lo fueron de Bankpime cuando tales reclamaciones se basaran en hechos acaecidos antes de la transmisión del negocio bancario, de modo que Caixabank pueda reclamarle la indemnización por el quebranto patrimonial que le supongan estas reclamaciones.

**5.-** De cuya interpretación se desprende, correlativamente, la legitimación pasiva de Caixabank, incluso aunque se hubiera colocado en la posición de la entidad comercializadora y no de la emisora de las participaciones preferentes, puesto que en sentencias anteriores hemos reconocido la legitimación pasiva de la entidad bancaria que comercializa a sus clientes un producto de inversión cuando estos ejercitan contra aquella una acción de nulidad y piden la restitución de lo que invirtieron (por ejemplo, SSTS 769/2014, de 12 enero de 2015; 625/2016, de 24 de octubre; 718/2016, de 1 de diciembre; y 477/2017, de 20 de julio).

Cuando el demandante solo mantiene la relación contractual con la empresa de inversión de la que es cliente, en este caso un banco, y adquiere un producto de inversión que tal empresa comercializa, el negocio no funciona realmente como una intermediación por parte de la empresa de inversión entre el cliente comprador y el emisor del producto de inversión o el anterior titular que transmite, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente, que tiene por objeto un producto (en este caso, unas participaciones preferentes de un banco islandés) que la empresa de inversión se encarga de obtener directamente del emisor o de un anterior titular y, al transmitirla a su cliente, obtiene un beneficio que se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisión del agente.

De no considerarse así, se privaría en la práctica al cliente minorista de la posibilidad de ejercitar la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento, puesto que le es muy difícil, por lo gravoso, cuando no imposible, ejercitarla contra una entidad emisora ubicada en un Estado extranjero o contra un anterior titular del que desconoce la identidad, que puede estar domiciliado también en un Estado extranjero, y que ninguna intervención ha tenido en la causación del error vicio al comprador, pues la obligación de información no recaía sobre él sino sobre la entidad bancaria que comercializó el producto.

**6.-** Asimismo, frente a la argumentación de Caixabank de que, incluso en el caso de que se hubiera considerado que Bankpime tuvo en su día legitimación pasiva para soportar la acción de nulidad por su intervención en el contrato por el que la demandante adquirió las participaciones preferentes de Kaupthing, Caixabank no tiene tal legitimación porque cuando se suscribió el contrato de transmisión del negocio bancario de Bankpime a Caixabank, el contrato de compraventa de las participaciones preferentes estaba consumado, al ser un contrato de tracto único, cuyas prestaciones estaban ya realizadas en el momento de la transmisión del negocio bancario de Bankpime a Caixabank, hemos de tener en cuenta que el negocio celebrado entre Bankpime y Caixabank ha de ser analizado en su totalidad, sin descomponerlo artificialmente, para decidir si Caixabank está legitimado pasivamente para soportar las acciones relativas al contrato que en su día celebró la demandante con Bankpime.

El negocio jurídico celebrado por las dos entidades bancarias no tenía por finalidad la cesión de determinados contratos celebrados por Bankpime, sino la transmisión de su negocio bancario (que era la actividad propia de su objeto social) como una unidad económica. En el marco de esa transmisión del negocio bancario como unidad económica, Bankpime se desprendió de los elementos patrimoniales necesarios para el desenvolvimiento del negocio bancario, que transmitió a Caixabank, incluida la cesión de los contratos celebrados con sus clientes, y poco después renunció a la autorización para operar como entidad de crédito.

La causa de la cesión de los contratos bancarios por Bankpime a Caixabank es justamente la transmisión del negocio bancario como una unidad económica, en cuya operación se enmarcaba y adquiriría sentido. La particularidad de esa causa de la cesión de los contratos trae como consecuencia que tal cesión de contratos prevista en el contrato de transmisión del negocio bancario incluyera tanto los créditos, derechos y, en general, posiciones activas de la entidad bancaria transmitente respecto de sus clientes, como las obligaciones, responsabilidades y, en general, posiciones pasivas de dicha entidad frente a sus clientes. Entre ellas está la de soportar pasivamente las acciones de nulidad de los contratos celebrados por Bankpime con sus clientes y restituir las prestaciones percibidas en caso de que tales acciones fueran estimadas.

De haberse tratado de una simple cesión individual de contratos (que, por otra parte, era incompatible con que la causa de tales cesiones fuera la transmisión del negocio bancario como unidad económica), tal cesión debería haber sido consentida por cada uno de los clientes, a los que se debería haber informado de los términos en que se había producido la cesión y haber recabado la prestación de su consentimiento. Sin embargo, solo se informó a los clientes de la transmisión del negocio bancario y la sustitución de Bankpime por Caixabank, como hecho consumado, sin comunicarles las pretendidas limitaciones de los derechos de los



clientes frente al cesionario de los contratos ni solicitarles que consintieran la cesión, en esos términos, del contrato o contratos que les vinculaba a Bankpime.

7.- En consecuencia, el recurso extraordinario de infracción procesal debe ser estimado, anularse la sentencia recurrida y asumir la instancia, a fin de resolver el resto de motivos del recurso de apelación, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación, como dispone la regla 7ª de la Disposición Final Decimosexta LEC .

### **TERCERO.- Error vicio del consentimiento en la adquisición de productos financieros complejos**

1.- El recurso de apelación formulado por los demandantes se basaba en dos motivos. El primero, relativo a la legitimación pasiva de Caixabank, ha quedado resuelto al decidir sobre el recurso extraordinario por infracción procesal. El segundo, atinente a la prestación del consentimiento con error vicio, es el que ha de contestarse a continuación.

2.- Hemos dicho en múltiples resoluciones, que por reiteradas y conocidas es ocioso citar, que en el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo. La normativa del mercado de valores, incluida la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

3.- En este caso, no consta que se informara a los clientes sobre la naturaleza, características y riesgos de los productos contratados (bonos de Lehman Brothers y valores del banco islandés Kaupthing), sobre todo en caso de insolvencia de las entidades emisoras. Ni puede considerarse que las órdenes de compra fueran suficientes a los efectos de dar cumplimiento a las obligaciones legales de información previstas en los arts. 79 y 79 bis LMV (el primero para las compras pre-MiFID y el segundo para la realizada tras la transposición de dicha normativa) y en los Reales Decretos 629/1993, de 3 de mayo , y 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión.

En efecto, no se entregó a los demandantes ningún folleto informativo ni ningún otro tipo de documentación previa a la suscripción de las órdenes de compra en la que se les advirtiera de los riesgos propios de las inversiones que realizaban, ni de características esenciales de los productos contratados, como que no tenían fecha de vencimiento o con un vencimiento muy largo, sin liquidez y no garantizados.

En el expediente que se siguió en la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) a instancia de los demandantes recayó un informe final de contestación a la reclamación, de 27 de noviembre de 2012, que concluyó: (i) No ha quedado acreditado que Bankpime dispusiera de información sobre el reclamante que le permitiera valorar la adecuación del producto contratado a su experiencia o perfil inversor; (ii) No ha quedado acreditado que Bankpime informara sobre las características del producto con carácter previo a su contratación; (iii) No ha quedado acreditado que Bankpime informara a su cliente sobre la situación excepcional acaecida con los valores objeto de reclamación.

4.- Como consecuencia de lo cual, debe estimarse el recurso de apelación, a fin de estimar íntegramente la demanda en cuanto a su pretensión subsidiaria primera y única sostenida en el recurso de apelación (nulidad relativa o anulabilidad por error vicio del consentimiento). Con la precisión de que la restitución de las prestaciones consistirá en que la entidad demandada habrá de abonar a los demandantes el importe de sus inversiones con sus intereses legales desde las fechas en que se realizaron, y los demandantes deberán reintegrar los rendimientos percibidos, más sus intereses legales desde la fecha de cobro ( sentencias 716/2016, de 30 de noviembre ; 734/2016, de 20 de diciembre ; 270/2017, de 4 de mayo ; 434/2017, de 11 de julio ; y 561/2017, de 16 de octubre ).

**CUARTO.- Costas y depósitos.**

1.- La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas generadas ni por él ni por el recurso de casación, a tenor del art. 398.2 LEC .

2.- La estimación del recurso de apelación que, una vez asumida la instancia, se ha realizado, conlleva que tampoco se impongan las causadas por su formulación, según previene el mismo art. 398.2 LEC .

3.- A su vez, la estimación del recurso de apelación supone la estimación de la demanda, por lo que deben imponerse a la parte demandada las costas de la primera instancia, conforme dispone el art. 394.1 LEC . Aunque se ha acordado la devolución de los intereses generados por los rendimientos percibidos por los demandantes, lo que implica que la estimación de la demanda no sea total, debe aplicarse el criterio de la estimación sustancial. Como recuerda la sentencia 715/2015, de 14 de diciembre , con cita de otras muchas, para la aplicación del principio general del vencimiento ha de considerarse que el ajuste del fallo a lo pedido no ha de ser literal sino sustancial, de modo que, si se entendiera que la desviación en aspectos meramente accesorios debería excluir la condena en costas, ello sería contrario a la equidad, como justicia del caso concreto, al determinar que tuvo necesidad de pagar una parte de las costas quien se vio obligado a seguir un proceso para ser realizado su derecho.

4.- Asimismo, procede la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y casación, de conformidad con la disposición adicional 15.<sup>a</sup>, apartado 8, 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- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Nazario y D.<sup>a</sup> Concepción contra la sentencia núm. 64/2016, de 29 de febrero, dictada por la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación n.º 402/2015 , que anulamos y dejamos sin efecto.

2.º- Estimar el recurso de apelación interpuesto por D. Nazario y D.<sup>a</sup> Concepción contra la sentencia n.º 75/2015, de 20 de marzo, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Valencia , en el juicio ordinario n.º 568/2014, que revocamos.

3.º- Estimar la demanda formulada por D. Nazario y D.<sup>a</sup> Concepción contra Caixabank S.A., declarar la nulidad de los contratos de adquisición de bonos junior de Lehman Brother celebrado el 28 de abril de 2005 y los contratos de adquisición de valores de Kaupthing Bank celebrados los días 12 de abril de 2006 y 9 de abril de 2008; y ordenar la restitución de las prestaciones, en la forma indicada en el fundamento jurídico tercero.

4.º- Condenar a Caixabank S.A. al pago de las costas de la primera instancia.

5.º- No hacer expresa imposición de las costas de los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal y casación.

6.º- Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal y 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.